

كشف اللثام

عن قواعد الأحكام

تأليف

الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسن الأصفهاني

المعروف بـ «الفاضل الهندي»

١٠٦٢ ـ ١١٣٧ هـ

الجزء السابع

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



بسم الله الرحمن الرحیم

کشف لثام الابهام فی شرح قواعد احکام

کاتب:

محمدبن حسن فاضل هندی

نشرت فی الطباعهٔ:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

الفهرس ----- ۵

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام المجلد ۷ ----- ۱۴

اشارة ----- ۱۴

اشارة ----- ۱۴

[كتاب النكاح] ----- ۱۴

اشارة ----- ۱۴

[الباب الأول فی المقدمات] ----- ۱۶

اشارة ----- ۱۶

[المبحث الأول] ----- ۱۶

[المبحث الثانی] ----- ۱۹

[المبحث الثالث] ----- ۲۱

[المبحث الرابع] ----- ۲۴

[المبحث الخامس] ----- ۳۲

[المبحث السادس] ----- ۳۴

[المبحث السابع] ----- ۳۹

[الباب الثانی فی العقد] ----- ۴۰

اشارة ----- ۴۰

[الفصل الأول] ----- ۴۰

اشارة ----- ۴۰

[الركن الأول الصیغة] ----- ۴۰

[الركن الثانی: المحلّ] ----- ۴۶

[الركن الثالث: العاقد] ----- ۴۷

[الفصل الثانی فی الأولیاء] ----- ۵۰

اشارة ----- ۵۰

[المطلب الأوّل فی أسبابها] ۵۰
[المطلب الثانی فی مسقطات الولایة] ۵۶
[المطلب الثالث فی المولّی علیه] ۵۹
[المطلب الرابع فی الکفاءة] ۶۸
[المطلب الخامس فی الأحکام] ۸۰
[الباب الثالث فی المحرّمات] ۹۶
اشارة ۹۶
[المقصد الأول فی التحریم المؤبد] ۹۶
اشارة ۹۷
[الأول النسب] ۹۷
[الثانی السبب] ۹۹
اشارة ۹۹
[الفصل الأوّل الرضاع] ۹۹
اشارة ۹۹
[المطلب الأوّل فی أرکانه] ۱۰۰
اشارة ۱۰۰
[الرکن الأول المرضعة] ۱۰۰
[الرکن الثانی اللبن] ۱۰۳
[الرکن الثالث المحلّ] ۱۰۴
[المطلب الثانی فی شرائطه] ۱۰۴
اشارة ۱۰۴
[الشرط الأوّل الکمیّة] ۱۰۵
[الثانی یشترط کمالیة الرضعات] ۱۰۷
[الثالث أن یکون الرضاع فی الحولین] ۱۰۹
[الرابع اتحاد الفحل] ۱۱۰
[المطلب الثالث فی الأحکام] ۱۱۲

اشارهٔ ----- ۱۱۲
[فروع] ----- ۱۱۸
اشارهٔ ----- ۱۱۸
[الفرع الأول] ----- ۱۱۸
[الفرع الثانی] ----- ۱۱۹
[الفرع الثالث] ----- ۱۱۹
[الفرع الرابع] ----- ۱۲۰
[الخامس: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته] ----- ۱۲۰
[الفرع السادس] ----- ۱۲۱
[الفرع السابع] ----- ۱۲۱
[الفرع الثامن] ----- ۱۲۱
[الفرع التاسع] ----- ۱۲۱
[الفرع العاشر] ----- ۱۲۲
[الفرع الحادی عشر] ----- ۱۲۲
[الفرع الثانی عشر] ----- ۱۲۲
[الفرع الثالث عشر] ----- ۱۲۳
[خاتمهٔ] ----- ۱۲۴
[الفصل الثانی المصاهرهٔ] ----- ۱۲۹
[الفصل الثالث فی باقی الأسباب] ----- ۱۳۷
اشارهٔ ----- ۱۳۷
[الأوّل من لاعن امرأته حرمت علیه أبدا] ----- ۱۳۷
[الثانی لو تزوّج امرأهٔ فی عدّتها] ----- ۱۳۷
[الثالث لو زنی بذات بعل] ----- ۱۴۰
[الرابع لو أوقب غلاما أو رجلا] ----- ۱۴۱
[الخامس لو عقد المحرم علی امرأهٔ] ----- ۱۴۳
[السادس المطلقهٔ تسعا للعدهٔ ینکحها بینها رجلان] ----- ۱۴۴

اشارهٔ ----- ۱۴۴
[تنبیه] ----- ۱۴۴
[السابع من فجر بعمته أو خالته، قربتا أو بعدتا، حرمت علیه بنتاهما] ----- ۱۴۵
[الثامن لا یحل وطء الزوجهٔ الصغیرهٔ] ----- ۱۴۶
[المقصد الثانی فی التحریم غیر المؤبّد و فیه فصول] ----- ۱۴۸
اشارهٔ ----- ۱۴۸
[الفصل الأوّل فی المصاهرهٔ و فیه مسائل] ----- ۱۴۸
اشارهٔ ----- ۱۴۸
[أ: تحرم بنت الزوجهٔ و إن نزلت] ----- ۱۴۸
[ب: تحرم أخت الزوجهٔ بالعقد] ----- ۱۴۹
[ج: تحرم بنت أخت الزوجهٔ معها و بنت أخیها] ----- ۱۴۹
[د: لا یجوز نكاح الأمهٔ لمن عنده حرّهٔ] ----- ۱۵۰
[ه: لا تحل ذات البعل أو العدّهٔ] ----- ۱۵۰
[و: لو تزوّج الأختین نسبا أو رضاعا علی التعاقب، كان الثانی باطلا] ----- ۱۵۱
[ز: لو تزوّج بنت الأخ أو الأخت علی العمهٔ و الخالهٔ] ----- ۱۵۵
[لو عقد علی الأمهٔ من دون إذن الحرهٔ بطل] ----- ۱۵۷
[قیل یحرم علی الحرّ العقد علی الأمهٔ] ----- ۱۵۸
[الفصل الثانی فی استیفاء عدد الطلاق] ----- ۱۶۰
[الفصل الثالث فی الكفر و فیه مطالب] ----- ۱۶۲
اشارهٔ ----- ۱۶۳
[الأوّل فی أصناف الكفّار] ----- ۱۶۳
[المطلب الثانی فی الانتقال] ----- ۱۶۸
اشارهٔ ----- ۱۶۸
[فروع] ----- ۱۷۳
اشارهٔ ----- ۱۷۳
[الفرع الأول] ----- ۱۷۳

[الفرع الثانى] ۱۷۳
[الفرع الثالث] ۱۷۴
[الفرع الرابع] ۱۷۴
[الفرع الخامس] ۱۷۴
[الفرع السادس] ۱۷۵
[الفرع السابع] ۱۷۵
[المطلب الثالث فى الزيادة على العدد] ۱۷۵
[المطلب الرابع فى كيفية الاختيار] ۱۸۲
[المطلب الخامس فى النفقة] ۱۸۷
[خاتمة للباب الثالث] ۱۹۰
[تتمة] ۱۹۴
[الباب الرابع فى باقى أقسام النكاح] ۱۹۸
اشارة ۱۹۸
[المقصد الأول فى المنقطع و فيه فصلان] ۱۹۸
اشارة ۱۹۸
[الأوّل فى أركانه] ۱۹۸
اشارة ۱۹۸
[الركن الأوّل العقد] ۱۹۸
[الركن الثانى المتعاقدان] ۱۹۹
[الركن الثالث المهر] ۲۰۰
[الركن الرابع الأجل] ۲۰۲
[الفصل الثانى فى الأحكام] ۲۰۶
اشارة ۲۰۶
[فروع] ۲۱۲
اشارة ۲۱۲
[الفرع الأول] ۲۱۲

[الفرع الثانی] ----- ۲۱۲
[الفرع الثالث: لو مات] ----- ۲۱۳
[المقصد الثانی فی نکاح الإماء و فیه فصول] ----- ۲۱۳
اشارة ----- ۲۱۳
[الفصل الأول فی العقد] ----- ۲۱۳
[الفصل الثانی فی مبطلاته] ----- ۲۲۸
اشارة ----- ۲۲۸
[المطلب الأوّل فی العتق] ----- ۲۲۹
[المطلب الثانی فی البیع] ----- ۲۳۶
[المطلب الثالث فی الطلاق] ----- ۲۴۰
[الفصل الثالث فی الملک و فیه مطلبان] ----- ۲۴۱
اشارة ----- ۲۴۱
[المطلب الأوّل: ملک الرقبة] ----- ۲۴۱
[المطلب الثانی ملک المنفعة] ----- ۲۴۶
[الفصل الرابع فی بقایا مسائل متبدّدة] ----- ۲۵۰
[الباب الخامس فی توابع النکاح و فیه مقاصد] ----- ۲۵۵
اشارة ----- ۲۵۵
[الأوّل العیب و التدلیس و فیه فصول] ----- ۲۵۵
اشارة ----- ۲۵۶
[الفصل الأوّل: فی أصناف العیوب] ----- ۲۵۶
[الفصل الثانی فی أحکام العیوب] ----- ۲۶۵
[الفصل الثالث فی التدلیس] ----- ۲۷۲
اشارة ----- ۲۷۲
[فروع] ----- ۲۷۹
اشارة ----- ۲۷۹
[الفرع الأول] ----- ۲۷۹

[الفرع الثانی] -- ۲۸۰
[الفرع الثالث] -- ۲۸۰
[الفرع الرابع] -- ۲۸۲
[الفرع الخامس] -- ۲۸۲
[الفرع السادس] -- ۲۸۳
[المقصد الثانی فی المهر و فیه فصول] --- ۲۸۴
اشارهٔ -- ۲۸۴
[الفصل الأول فی المهر] --- ۲۸۴
[الفصل الثانی فی الصداق الفاسد] -- ۲۹۵
[الفصل الثالث فی التفویض و هو قسمان] -- ۳۰۵
اشارهٔ -- ۳۰۵
[القسم الأوّل تفویض البضع.] -- ۳۰۵
[القسم الثانی تفویض المهر] --- ۳۱۳
[الفصل الرابع فی التنصیف] --- ۳۱۵
اشارهٔ -- ۳۱۵
[فروع] --- ۳۲۷
اشارهٔ -- ۳۲۷
[الفرع الأول] -- ۳۲۷
[الفرع الثانی] -- ۳۲۹
[الفرع الثالث] -- ۳۳۰
[الفرع الرابع] -- ۳۳۱
[الفرع الخامس] -- ۳۳۱
[الفرع السادس] -- ۳۳۲
[الفرع السابع] --- ۳۳۳
[الفرع الثامن] -- ۳۳۳
[الفرع التاسع] --- ۳۳۳

[الفرع العاشر] ----- ۳۳۴
[الفرع الحادی عشر] ----- ۳۳۴
[الفرع الثانی عشر] ----- ۳۳۴
[الفرع الثالث عشر] ----- ۳۳۴
[الفرع الرابع عشر] ----- ۳۳۵
[الفصل الخامس فی التنازع] ----- ۳۳۷
[المقصد الثالث فی القسم و فیه فصول] ----- ۳۴۲
اشارهٔ ----- ۳۴۲
[الفصل الأوّل فی مستحقّ القسم] ----- ۳۴۲
[الفصل الثانی فی مکانه و زمانه] ----- ۳۴۵
[الفصل الثالث فی التفاوت فی القسمهٔ] ----- ۳۴۹
[الفصل الرابع فی الظلم فی القسمهٔ] ----- ۳۵۴
[الفصل الخامس فی السفر بهنّ] ----- ۳۵۸
[الفصل السادس فی الشقاق] ----- ۳۶۲
[المقصد الرابع فی أحکام الأولاد] ----- ۳۶۸
اشارهٔ ----- ۳۶۸
[الفصل الأوّل فی الولادهٔ] ----- ۳۶۸
[الفصل الثانی فی إلحاق الأولاد] ----- ۳۷۳
اشارهٔ ----- ۳۷۳
[المطلب الأوّل فی أولاد الزوجات] ----- ۳۷۳
[المطلب الثانی فی ولد المملوکهٔ] ----- ۳۷۷
[المطلب الثانی فی ولد المملوکهٔ] ----- ۳۸۱
[الفصل الثالث فی الرضاع] ----- ۳۸۲
[الفصل الرابع فی الحضانهٔ] ----- ۳۸۵
[المقصد الخامس فی النفقات] ----- ۳۹۱
اشارهٔ ----- ۳۹۱

[الفصل الأوّل: فی النکاح و فیه مطالب] ----- ۳۹۱
اشارهٔ ----- ۳۹۱
[المطلب الأوّل: فی الشرط] ----- ۳۹۱
[المطلب الثانی فی قدر النفقهٔ] ----- ۳۹۵
[المطلب الثالث فی کیفیّهٔ الإنفاق] ----- ۳۹۹
[المطلب الرابع فی مسقطات النفقهٔ] ----- ۴۰۴
اشارهٔ ----- ۴۰۴
[الأوّل: النشوز] ----- ۴۰۴
[الثانی العبادات] ----- ۴۰۵
[الثالث الصغر] ----- ۴۰۶
[الرابع البینونهٔ] ----- ۴۰۶
[المطلب الخامس فی الاختلاف] ----- ۴۰۹
[المطلب السادس فی الإعسار] ----- ۴۱۱
[الفصل الثانی فی نفقهٔ الأقارب و فیه مطلبان] ----- ۴۱۵
اشارهٔ ----- ۴۱۵
[المطلب الأوّل: من تجب النفقهٔ علیه] ----- ۴۱۵
[المطلب الثانی فی الترتیب و فیه بحثان] ----- ۴۲۰
اشارهٔ ----- ۴۲۰
[البحث الأوّل فی ترتیب المنفقین] ----- ۴۲۰
[البحث الثانی فی ترتیب المنفق علیهم] ----- ۴۲۳
[الفصل الثالث فی نفقهٔ الممالیک] ----- ۴۲۴
اشارهٔ ----- ۴۲۴
[المطلب الأوّل فی نفقهٔ الرقیق] ----- ۴۲۵
[المطلب الثانی فی نفقهٔ الدوابّ] ----- ۴۲۷
تعریف مرکز ----- ۴۲۹

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام المجلد ۷

اشارة

شماره بازیابی : ۶-۱۱۰۶

شماره کتابشناسی ملی : ۱۱۰۶/۱/۱/۱/۱

سرشناسه : فاضل هندی، محمدبن حسن، ۱۰۶۲ – ق۱۱۳۷، شارح

عنوان و نام پدیدآور : کشف لثام الابهام فی شرح قواعد احکام [چاپ سنگی]شارح بهاآالدین محمدبن الحسن الاصبهانی الشهیر به فاضل الهندیمصحح حسن الموسوی الخوانساریکاتب علیرضا ابن عباسعلی خوانساری

وضعیت نشر : [بی‌جابی‌نا]ق ۱۲۷۱

مشخصات ظاهری : ۱ ج. (بدون شماره گذاری)۳۶/۵X۲۳س‌م

یادداشت استنساخ : کتاب فوق شرحی است بر کتاب قواعد الاحکام علامه حلی

مشخصات ظاهری اثر : نسخ

مقوایی، روکش تیماج قهوه‌ای روشن

یادداشت عنوانهای مرتبط : کشف الثام و الابهام عن کتاب قواعد الاحکام، کشف اللثام عن قواعد الاحکام

قواعد الاحکام

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

عنوانهای گونه گون دیگر : کشف الثام و الابهام عن کتاب قواعد الاحکام، کشف اللثام عن قواعد الاحکام

شماره بازیابی : ۱۱۰۶ ث.۸۷۳۸

اشارة

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

[كتاب النكاح]

اشارة

كتاب النكاح و هو فى اللغة الوطء على الأشهر، و حكى الإجماع عليه فى المختلف «۱» و إنّما يطلق على العقد إطلاقا لاسم المسبّب على السبب. قيل: أصله الالتقاء، يقال:

تناكح الجبلان إذا التقيا.

قال الفرّاء: نكح المرأة- بالضمّ- بضعها، و هو كناية عن فرجها، فإذا قالوا:

نكحها، فمعناه: أصاب نكحها.

و قيل: لزوم الشيء للشيء راكبا عليه. و قيل: أصله الضمّ.

و فى المعرب و المغرب: أنّه فى الضمّ مجاز من تسمية المسبّب باسم السبب، و قيل: أصله العقد. و إطلاقه على الوطء إطلاق

لاسم السبب على المسبّب.

قال الراغب: و محال أن يكون فى الأصل للجماع ثمّ أستعير للعقد، لأنّ أسماء الجماع كلّها كنايات لاستقباحهم ذكره كاستقباح تعاطيه، و محال أن يستعير من لا يقصد فحشا اسم ما يستفظعونه لما يستحسنونه.

و عن أبى القاسم الزجاجى أنّه مشترك بينهما.

و عن ابن جنّى قال: سألت أبا على الفارسى عن قولهم: نكحها، فقال: فرّقت العرب فرقا لطيفا يعرف به موضوع العقد من الوطء، فإذا قالوا: نكح فلانة أو بنت

---

(١) مختلف الشيعة: كتاب النكاح ج ٧ ص ٣٥.

فلان أو أخته أرادوا تزوّجها و عقد عليها، فإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجه «١» لم يريدوا إلّا المجامعة، لأنّه بذكر «امرأته» و «زوجه» تستغنى عن العقد.

و قال الفيّومى فى المصباح: يقال: مأخوذ من «نكحه الدواء» إذا خامره و غلبه، أو من «تناكحت الأشجار» إذا انضم بعضها إلى بعض، أو من «نكح المطر الأرض» إذا اختلط بثراها. و على هذا فيكون النكاح مجازا فى العقد و الوطء جميعا، لأنّه مأخوذ من غيره، فلا يستقيم القول بأنّه حقيقة لا فيهما و لا فى أحدهما. و يؤيّده أنّه لا يفهم العقد إلّا بقرينة نحو «نكح فى بنى فلان» و لا يفهم الوطء إلّا بقرينة نحو «نكح زوجته» و ذلك من علامات المجاز، و إن قيل: غير مأخوذ من شىء فيترجّح الاشتراك، لأنّه لا يفهم واحد من قسميه إلّا بقرينة انتهى.

و فيه: أنّ من قال بالأخذ فإنّما يقول بكونه حقيقة فى عرف اللغة فيهما أو فى أحدهما، و هو لا ينافى التجوّز باعتبار أصله، على أنّ لزوم التجوّز إنّما يسلّم إن لم يطلق على الوطء من جهة كونه ضمّا و اختلاطا و مخامرة و غلبة، و هو ممنوع.

ثمّ المجاز خير من الاشتراك، و افتقار كلّ من المعنيين إلى القرينة ممنوع و إن لم يتجرّد عنها غالبا، فقد ورد فى القرآن و غيره مجرّدا عنها.

و فى الشرع حقيقة فى العقد على الأشهر، و نفى ابن إدريس عنه الخلاف «٢» لصحّة النفى، فيقال: هذا سفاح و ليس بنكاح، و للغلبة، حتّى قيل: إنّه لم يرد فى القرآن إلّا بمعنى العقد «٣» إلّا قوله تعالى «حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» «۴».

و الحقّ أنّه فيها أيضا بمعنى العقد، إذ لم يعهد «نكحت» بمعنى «وطئت» اللّهم إلّا أن يجعل بمعنى التقت أو ضمّت أو اختلطت، و يزداد قوّة إذا كان فى اللغة أيضا بمعناه، لأصالة عدم النقل.

و قيل: حقيقة فى الوطء لكونه حقيقة فيه لغة، و الأصل عدم النقل. و قيل

---

(١) فى ن: زوجها.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ۵٢۴.

(٣) الكشاف: ج ٣ ص ٢١٢.

(۴) البقرة: ٢٣٠.

بالاشتراك لاستعماله فيهما، و الأصل فيه الحقيقة، و لقوله تعالى «وَ لٰا تَنْكِحُوا مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ» «١» لدخول العقد و الوطء فيه.

و فيه: أنّه كما يجوز استعمال اللفظ فى معنيين له حقيقيتين كذا يجوز فيما أحدهما مجاز، بل هو أولى، لثبوت عموم المجاز اتفاقا.

و عرّفه فخر الإسلام بأنّه: عقد لفظيّ مملّك للوطء ابتداء «٢». و احترز بالقيد الأخير من نحو شراء الأمة، فإنّه يملك الوطء تبعا لملك الرقبة.

و فيه خمسة أبواب:

---

(١) النساء: ٢٢.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٢.

....

[الباب الأول فى المقدمات]

اشارة

[الباب] الأوّل فى المقدمات أى: ما تقدّم أمام المقصود من الكتاب لمجرّد الارتباط من غير اعتبار لتوقّفه عليه و هى سبعة مباحث:

[المبحث الأول]

الأوّل النكاح مشروع بإجماع المسلمين، غير واجب عند الأكثر، للأصل.

و عن داود وجوبه على من وجد الطول، كذا فى الخلاف «١» و فى التذكرة: على من وجد الطول و خشى العنت «٢» و هو عين ما اختاره هنا، إلّا أن يريد بالعنت المشقّة لا الوقوع فى الزنا.

و مستحبّ للنصوص من الكتاب و السنّة مطلقا، للعموم، و لم يستحبّه الشيخ فى المبسوط لغير المشتهى «٣» لقوله تعالى «وَ سَيِّداً وَ حَصُوراً» «۴» و هو لكونه فى يحيى عليه السلام لا يصلح مخصّصا، مع أنّ الحصور من لا يشتهى النساء، و المدح به لا يستلزم المدح بترك التزويج.

و كرهه ابن حمزة لمن لا يشتهى و لا يقدر، و أجازه من غير استحباب و لا كراهة لمن يشتهى و لا يقدر أو بالعكس «۵».

---

(١) الخلاف: ج ۴ ص ٢۴۵ المسألة ٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵۶۵ س ٧.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ١۶٠.

(۴) آل عمران: ٣٩.

(۵) الوسيلة: ص ٢٨٩.

و لا شبهة فى أنّه ربّما عارض جهة استحبابه ما يكرهه أو يزيل استحبابه أو يحرّمه، فيحتمل أن يكون هو الذى لحظه ابن حمزة.
و يتأكّد استحبابا أو استحبابه فى القادر مع شدّة طلبه و لعلّ المراد أنّه فيه آكد لا نفى التأكّد عن غيره، و إلّا فالنصوص ناطقة بتأكّده مطلقا «١».
و قد يجب إذا خشى الوقوع فى الزنا سواء الرجل و المرأة و ذلك إذا قدر و لم يقدر على التسرّى و لا خشى من التزوّج محذورا أقوى ممّا يلزم من تركه أو مساويا له.
و الأقرب أنّه أفضل من التخلّى للعبادة لمن لم تتق نفسه إليه لأنّ الرهبانية ليست من ديننا، و شدّة التأكيد فى النصوص من غير استثناء، و إفضائه غالبا إلى تكثير الأمّة. و قوله صلّى اللّه عليه و آله: ما استفاد امرء فائدة بعد الإسلام أفضل من زوجة مسلمة تسرّه إذا نظر إليها، و تطيعه إذا أمرها، و تحفظه إذا غاب عنها فى نفسها و ماله «٢».
و لا أعرف من أصحابنا من استحبّه و فضّل عليه التخلّى، و ما يتوهّم من تسبّبه لما يشغله عن العبادة و تحمّل المشاق فى أداء حقوق الزوجيّة ظاهر الاندفاع.
و ينبغى أن يتخيّر من النساء: البكر للأخبار، فعنه صلّى اللّه عليه و آله: تزوّجوا الأبكار، فإنّهن أطيب شىء أفواها، و أدرّ شىء أخلافا، و أحسن شىء أخلاقا، و أفتح شىء أرحاما «٣». و قوله «۴» صلّى اللّه عليه و آله:
لجابر و قد تزوّج ثيّبا: هلّا تزوّجت بكرا تلاعبها و تلاعبك «۵». و لأنّها أحرى بالموافقة و الائتلاف.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢ ب ١ من أبواب مقدمات النكاح.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٣ ب ٩ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١٠.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۴ ب ١٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١ و ٢ مع اختلاف.
(۴) فى المطبوع بدل «قوله»: عنه.
(۵) مسند أحمد بن حنبل: ج ٣ ص ٣٠٨، مكارم الأخلاق: ص ٢٠، و فيه: «فتاة» بدل «بكر».

الولود لأنّ العمدة فى النكاح الولادة. و للأخبار عنه صلّى اللّه عليه و آله: الحصير فى ناحية البيت خير من امرأة لا تلد «١».
و الجمع بين هذه الصفة و البكارة بأن لا تكون صغيرة و لا يائسة و لا فى مزاجها ما يدلّ عادة على عقمها كانتفاء الحيض، و لا تكون أقرباؤها من نحو أخواتها عقيمة.
العفيفة فى فرجها و غيره للأخبار و حفظ النسب، و لأنّ الإعراض عن الفاسقة ضرب من إنكار المنكر. و لا تغنى عنها البكارة إلّا إذا فسّرت بالعفّة فى الفرج، على أنّه قد يظنّ خلافها بكون نسائها زناة و نشأتها بين الزناة و نحو ذلك، و ربّما علمت رغبتها فى الزنا و إن لم يتفق لها.
الكريمة الأصل بأن لا تكون من زنا أو حيض أو شبهة أو ممّن تناله الألسن، و لا فى آبائها و أمهاتها من هو كذلك. و قيل: بأن لم تكن مسّ آبائها رقّ «٢». و قيل: بأن يكون أبواها مؤمنين صالحين «٣» للأخبار «۴» فعنه صلّى اللّه عليه و آله: تخيّروا لنطفكم، و لا تضعوها فى غير الأكفاء «۵». و عنه صلّى اللّه عليه و آله: إيّاكم و خضراء الدمن. قيل:
و ما خضراء الدمن؟ قال: هى المرأة الحسناء فى منبت السوء «۶».
و ينبغى إذا أراد اختيار الزوجة صلاة ركعتين و حمد اللّه بعدها و سؤال اللّه تعالى أن يرزقه من النساء أعفّهن فرجا و أحفظهن له ما عليها فى نفسها و ماله، و أوسعهنّ رزقا أى: من قدر السعة فى رزقها، فإنّه يستلزم السعة و اليسر له، و يمكن دخول الولد فى

الرزق، فيتضمّن كثرة الأولاد، و يمكن أن يراد بسعة الرزق القناعة و التجنّب عن تكليف الزوج ما يتعسّر عليه.

---

(۱) عوالى اللآلى: ج ۳ ص ۲۸۸ ح ۳۹.

(۲) لم نظفر على قائله.

(۳) الروضة البهية: ج ۵ ص ۸۷.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸ ب ۱۳ من أبواب مقدّمات النكاح.

(۵) سنن ابن ماجة: ج ۱ ص ۶۳۳ ح ۱۹۶۸ مع اختلاف.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹ ب ۱۳ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۴.

و أعظمهن بركة أى نماء، أو ثبوت خير فى نفسها و رزقها و ولدها، عن أبى بصير قال: قال أبو عبد اللّه عليه السّلام: إذا تزوّج أحدكم كيف يصنع؟ قال: قلت:

ما أدرى جعلت فداك، قال: فإذا همّ بذلك فليصلّ ركعتين و يحمد اللّه و يقول: اللّهم إنّى أريد أن أتزوّج، اللّهم فاقدر لى من النساء أعفّهن فرجا و أحفظهن لى فى نفسها و فى مالى و أوسعهنّ رزقا و أعظمهنّ بركة و اقدر لى منها ولدا طيّبا تجعله خلفا صالحا فى حياتى و بعد موتى «۱».

و المراد بصيغ التفضيل هنا: إمّا الصفة بلا تفضيل، أو الكمال، أو التفضيل بالنسبة إلى الأكثر أو بالنسبة إلى من تردّد فى اختيارهن، فيكون اللام فى «النساء» للعهد، أو المراد بها كلّ من لهنّ الفضل على من عداهن من النساء و يكون المسؤول أن يقدر له منهنّ واحدة. و غيره من الأدعية المأثورة و غيرها.

و ينبغى الإشهاد عليه إن كان دائما لدفع التهمة و تحقق النسب و الميراث و للقسم و النفقات، و لقول أبى الحسن صلوات اللّه عليه فى مكاتبة المهلب الدلال: التزويج الدائم لا يكون إلّا بولى و شاهدين «۲».

و لا يجب إجماعا على ما فى الانتصار «۳» و الناصريات «۴» و الخلاف «۵» و الغنية «۶» و السرائر «۷» و التذكرة «۸» للأصل، و الأخبار و هى كثيرة.

و أوجبه الحسن «۹» للخبر المتقدّم. و هو مع الضعف و المعارضة محمول على الاستحباب كما فعلنا، و نحو قول أبى جعفر عليه السّلام: «إنّما جعلت البيّنة فى النكاح

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۷۹ ب ۵۳ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۹ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۱۱.

(۳) الانتصار: ص ۱۱۸.

(۴) الناصريات: ص ۳۱۹ المسألة ۱۵۰.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۲۶۱ المسألة ۱۳.

(۶) الغنية: ص ۳۴۵.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۰.

(۸) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۱ س ۱۹.

(۹) عنه فی مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۱۰۱.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۷، ص: ۱۳

من أجل المواریث» «۱» یرشد إلی عدم الاشتراط.

و ینبغی الإعلان للدائم، لما مرّ من الحکمة فی الإشهاد، و ما روی عنه صلّی اللّه علیه و آله: أعلنوا هذا النکاح «۲» و الخطبة قبل العقد و کذا قبل الخطبة، للتأسّی، و لقوله صلّی اللّه علیه و آله: کلّ کلام لا یبدأ فیه بالحمد للّه فهو أجذم «۳». و عن زین العابدین صلوات اللّه علیه: إذا حمد اللّه فقط خطب «۴».

و لا یجب اتّفاقا ممّن عدا داود، للأصل، و لقول الصادق علیه السّلام و قد سأله عبید ابن زرارة عن التزویج بغیر خطبة: أو لیس عامّة ما یتزوّج فتیاتنا و نحن نتعرّق الطعام علی الخوان نقول: یا فلان زوّج فلانا فلانة، فیقول: نعم قد فعلت «۵».

و إیقاعه لیلا لقول الرضا صلوات اللّه علیه: من السنّة التزویج باللیل، لأنّ اللّه عزّ و جلّ جعل اللیل سکنا، و النساء إنّما هنّ سکن «۶».

و یکره إیقاعه و القمر فی برج العقرب لقول الصادق علیه السلام: من تزوّج امرأة و القمر فی العقرب لم یر الحسنی «۷». و لعلّ فی النص علی البرج احترازا عن الکون فی المنازل المنسوبة إلیها، فإنّها أربعة: الزبانا، و الإکلیل، و القلب، و الشولة، و لیس من البرج إلّا القلب و ثلثا الاکلیل و ثلثا الشولة، إذ المنازل ثمانیة و عشرون، و یختص منها بکلّ برج منزلتان و ثلث، و ظاهر أن لفظ الخبر مقول علی عرف أهل النجوم، و لا یریدون بمثله إلّا الکون فی البرج بالمعنی المعروف عندهم مع الأصل فیما زاد.

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۶۸ ب ۴۳ من أبواب مقدّمات النکاح، ح ۶.

(۲) سنن ابن ماجة: ج ۱ ص ۶۱۱ ح ۱۸۹۵.

(۳) عدة الداعی: ص ۲۶۰، و فیه: «فهو أقطع».

(۴) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۶۶ ب ۴۱ من أبواب مقدّمات النکاح، ح ۲.

(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۶۶ ب ۴۱ من أبواب مقدّمات النکاح، ح ۱.

(۶) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۶۲ ب ۳۷ من أبواب مقدّمات النکاح، ح ۳.

(۷) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۸۰ ب ۵۴ من أبواب مقدّمات النکاح، ح ۱.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۷، ص: ۱۴

[المبحث الثانی]

الثانی یستحب عند الدخول علیه قبله التطهّر و صلاة رکعتین ثمّ الحمد و الصلاة و الدعاء و أمر من معها بالتأمین، ثمّ الدعاء بقوله: اللّهم ارزقنی إلفها و ودّها و رضاها بی و أرضنی بها، و اجمع بیننا بأحسن اجتماع و آنس ائتلاف، فإنّک تحبّ الحلال و تکره الحرام و أمر المرأة بذلک.

و إذا أدخلت علیه، استحب وضع یده علی ناصیتها و هی مقدّم رأسها بین النزعتین و الدعاء بقوله: اللّهم علی کتابک تزوّجتها و فی أمانتک أخذتها و بکلماتک استحللت فرجها، فإن قضیت فی رحمها شیئا فاجعله مسلما سویّا، و لا تجعله شرک شیطان.

و فی الجعفریات: إذا زفّت إلیه و دخلت علیه فلیصلّ رکعتین، ثمّ یمسح بیده علی ناصیتها، فیقول: اللّهم بارک لی فی أهلی و بارک لهم فیّ، و ما جمعت فاجمع بیننا فی خیر و یمن و برکة، و إذا جعلتها فرقة فاجعلها فرقة إلی خیر، فإذا جلس إلی جانبها

فليمسح بناصيتها، ثمّ يقول: الحمد للّه الذى هدى ضلالتى، و أغنى فقرى، و انعش خمولى، و أعزّ ذلتى، و آوى عيلتى، و زوّج أئمتى، و حمل رحلى، و أخدم مهنتى، و رفع خسيستى حمدا كثيرا طيّبا مباركا فيه على ما أعطيت و على ما قسمت و على ما وهبت و على ما أكرمت «١».

و طهارتهما فى تمام هذه المدة ممّا قبل الدخول إلى تمام هذا الدعاء، و لذا أخّرها و إن خلا النص إلّا عن الدلالة عليها حال الدخول عليه، فإنّها أمر مرغوب خصوصا عند الدعاء.

و الدخول عليه ليلا لأنّه أوفق بالستر و الحياء، و لقول الصادق عليه السّلام: زفّوا عرائسكم ليلا «٢».

و التسمية عند الجماع حذرا من شرك الشيطان، فعن الصادق عليه السّلام:

---

(١) الجعفريات (قرب الاسناد): ص ١٠٩- ١١٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶٢ ب ٣٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ١۵

إنّ الرجل إذا دنا من المرأة و جلس مجلسه حضره الشيطان، فإن هو ذكر اسم اللّه تنحّى الشيطان عنه، و إن فعل و لم يسمّ أدخل الشيطان ذكره، فكان العمل منهما جميعا و النطفة واحدة «١».

و سؤال اللّه تعالى عنده الولد فإنّه المهم، و ليسأل الصالح فإنّه من العمل الذى لا ينقطع الذكر فإنّه أعون له فى الدين و الدنيا السوىّ عن الباقر صلوات اللّه عليه: إذا أردت الجماع فقل: اللّهم ارزقنى ولدا، و اجعله تقيا زكيا ليس فى خلقه زيادة و لا نقصان، و اجعل عاقبته إلى خير «٢».

و فى باب الأربعمائة من الخصال عن أمير المؤمنين عليه السّلام: إذا أراد أحدكم، مجامعة زوجته فليقل: اللّهم إنّى استحللت فرجها بأمرك، و قبلتها بأمانتك، فإن قضيت لى منها ولدا فاجعله ذكرا سويّا، و لا تجعل للشيطان فيه نصيبا و لا شركا «٣».

و يستحب الوليمة و هى طعام العرس، أو كلّ طعام يتخذ لجمع عند الزفاف أى بعده- و هو ككتاب: اهداؤها إليه- للتأسّي و الأخبار «۴».

يوما أو يومين و يكره الزيادة، فعن النبى صلّى اللّه عليه و آله: الوليمة فى اليوم الأوّل حقّ، و فى الثانى معروف، و فى الثالث رياء و سمعة «۵». و عن الباقر عليه السّلام: الوليمة يوم و يومان مكرمة، و ثلاثة أيام رياء و سمعة «۶».

و استدعاء المؤمنين للوليمة، و أن لا يخصّ بها الأغنياء، فعنه صلّى اللّه عليه و آله: شرّ الولائم ما يدعى لها الأغنياء و يترك الفقراء «٧».

و لا تجب الإجابة عندنا إلّا إذا عرض ما يوجبها بل يستحبّ

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٧٩ ب ۵٣ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٨٢ ب ۵۵ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۵.

(٣) الخصال: حديث الأربعمائة ص ۶٣٧.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶۴ ب ۴٠ من أبواب مقدّمات النكاح.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶۵ ب ۴٠ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۴. و فيه اختلاف يسير.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶۵ ب ۴٠ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

(۷) سنن البيهقى: ج ۷ ص ۲۶۲ باختلاف يسير.

إن كان الداعى مسلما و دعاه بعينه، و لم يكن عندها ملاهى و مناكير، إلّا أن يزال بإجابته فيجب.

و كذا يستحبّ عندنا الأكل منها و لو لقمة، لأنّه الغرض من الدعوة غالبا، و أدخل فى إكرام الداعى و جبر قلبه، و لما فى تركه من التعرّض للتوحش غالبا و إن كان صائما ندبا لا واجبا و إن لم يتضيّق، و فيه إشارة إلى أنّ كلّا من الإجابة و الأكل مندوب على حدته، لورود الأمر بالإجابة مطلقا، و خصوص قوله صلّى اللّه عليه و آله: إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب، فإن كان مفطرا فليطعم، و إن كان صائما فليصلّ «۱». و نحوه يدلّ على استحباب الأكل أيضا.

و يجوز أكل نثار العرس لشهادة الحال بالإذن كالوليمة و ما يقدم إلى الضيف، إلّا أن يعلم عدم الإذن.

و لا يجوز أخذه إلّا بإذن أربابه نطقا أو بشاهد الحال و الفرق أنّ النثر إذن فى الأكل دون الأخذ، و فيه إشارة إلى أنّ ما فى المبسوط «۲» و السرائر «۳» و المهذّب «۴» من أنّه لا يجوز الأخذ إلّا بالإذن و لو بشاهد الحال، يراد به الأخذ لا للأكل، إلّا أن يكونوا أدخلوا النثر فى الحال الشاهدة بالإذن فى الأكل، و قد يتردّد فى شهادة النثر بذلك، و لذا لم يجوّز فى الإرشاد الأكل إلّا مع العلم بالإباحة بشاهد الحال «۵» و فى التحرير «۶» كما هنا.

و يملك حينئذ أى حين الإذن بالأخذ وفاقا للمبسوط «۷» و المهذّب «۸» و الشرائع «۹» و الإرشاد «۱۰» على إشكال من جريان العادة بالإعراض، فيصير من المباحات، فيملك بالحيازة. و فيه: أنّ العادة إنّما تفيد الإباحة، و غايتها الانتقال

---

(۱) سنن البيهقى: ج ۷ ص ۲۶۳.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۳.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۶۰۴.

(۴) المهذب: ج ۲ ص ۲۲۴.

(۵) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۴.

(۶) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴ س ۹.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۳.

(۸) المهذب: ج ۲ ص ۲۲۴.

(۹) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۶۸.

(۱۰) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۴.

عن المالك بالإتلاف خاصّة، و الفرق بينه و بين غيره من المباحات ظاهر، لأنّها ليست ملكا لأحد قبل الأخذ، ثمّ الخلاف الواقع فى تملّك المباحات: أنّه هل هو بمجرد الحيازة أو بقصد التملك؟ يجرى هنا. و من حصر المملّكات فيما ليس منها، مع استصحاب الملك، و هو مختار المختلف «۱» و التذكرة «۲».

[المبحث الثالث]

الثالث الأخبار «۳» ناطقة بأن يكره الجماع فى ليلة الخسوف و يوم الكسوف لكراهة التلذذ عندهما، قيل: و لأنّه إن قضى ولد كان

فى ضرّ و بؤس حتى يموت.

و عند الزوال بعده حذرا من الحول إلّا يوم الخميس فيستحبّ، لأنّ الشيطان لا يقرب من يقضى بينهما حتى يشيب و يكون فهما و يرزق السلامة فى الدين و الدنيا.

و من الغروب إلى ذهاب الشفق لأنّ الولد يكون ساحرا مؤثرا للدنيا على الآخرة، فقد ورد ذلك فى الساعة الاولى من الليل.

و فى المحاق مثلثة، و هى ليلتان أو ثلاث آخر الشهر حذرا من الإسقاط أو جنون الولد و خبله و جذامه، و آخرتى شعبان خصوصا، لأنّ الولد يكون كذّابا أو عشّارا أو عونا للظالمين، و يكون هلاك فئام من الناس على يديه.

و فيما بين طلوع الفجر و الشمس لأنّه لا يرى فى الولد ما يحبّ، و هو يعمّ غيره.

و فى أوّل ليلة من كلّ شهر حذرا من الإسقاط أو الجنون و الخبل و الجذام، و ليلة الفطر خصوصا، لأنّ الولد يكون كثير الشرّ و لا يلد إلّا كبير السن «۴» إلّا رمضان فيستحبّ فى أوّل ليلة منه بالنصّ إجراء لسنّة الإباحة فى قوله تعالى «أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيٰامِ الرَّفَثُ إِلىٰ نِسٰائِكُمْ» «۵» و أعدادا للصيام.

---

(۱) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۹۱.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۸۱ س ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۸۸ ب ۶۲ من أبواب مقدّمات النكاح.

(۴) كذا فى الجواهر أيضا، و الصواب- بملاحظة الرواية- إلّا على كبر السّن.

(۵) البقرة: ۱۸۷.

و فى ليلة النصف من كلّ شهر، للإسقاط أو الجنون أو الخبل أو الجذام، و نصف شعبان خصوصا، فإنّ الولد يكون مشوما ذا شأمة فى شعره و وجهه.

و سفرا مع عدم الماء للغسل، إلّا أن يخاف على نفسه. كذا فى الخبر «۱».

و فى خبر آخر: يا على لا تجامع أهلك إذا خرجت إلى سفر مسيره ثلاثة أيام و لياليهن، فإنّه إن قضى بينكما ولد يكون عونا لكلّ ظالم «۲».

و عند هبوب الريح السوداء أو الصفراء أو الحمراء و عند الزلزلة قال سلار «۳» و ابن سعيد «۴»: و كلّ آية مخوفة، و يدلّ عليه كراهة التلذّذ.

و عاريا لأنّه من فعل الحمار، و يخرج الملائكة من بينهما و يكون الولد جلّادا، و هو حال عن فاعل الجماع الذى عوض عنه اللام أو الرجل المفهوم من الكلام، فإنّ المعنى يكره للرجل.

و محتلما قبل الغسل أو الوضوء وضوء الصلاة خوفا من جنون الولد و اجتزاؤه بالوضوء موافق للنهاية «۵» و المهذب «۶» و الوسيلة «۷» و غيرها، و لا يحضرنى له سند. و قيّده ابن سعيد «۸» بتعذر الغسل، و هو حسن. و اقتصر ابن إدريس على الغسل. «۹»

و يجوز أى يباح و قد كان مجامعا أو باقيا على جنابة المجامعة من غير تخلّل غسل للأصل، و فعل النبى صلّى اللّه عليه و آله «۱۰» و فرّق فى الخبر بأنّ الاحتلام من الشيطان بخلافه، لكن يستحبّ غسل الفرج و وضوء الصلاة بلا خلاف، كذا فى المبسوط «۱۱». و روى الوشاء الوضوء عن الرضا صلوات اللّه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ٩٩٨ ب ٢٧ من أبواب التيمم ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ١٨٨ ب ١۵٠ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(٣) المراسم: ص ١۵١.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۵٣.

(۵) النهاية: ج ٢ ص ٣۵٣.

(۶) المهذب: ج ٢ ص ٢٢٢.

(٧) الوسيلة: ص ٣١۴.

(٨) الجامع للشرائع: ص ۴۵٣.

(٩) السرائر: ج ٢ ص ۶٠۶.

(١٠) سنن البيهقى: ج ٧ ص ١٩١ و ١٩٢.

(١١) المبسوط: ج ۴ ص ٢۴٣.

عليه «١»، و كذا ابن أبى نجران مرسلا عن الصادق عليه السّلام فى الجارية يأتيها ثمّ يريد إتيان أخرى «٢».

و فى الرسالة الذهبية المنسوبة إلى الرضا عليه السّلام: الجماع بعد الجماع من غير فصل بينهما بغسل يورث الولد الجنون «٣». و الظاهر ضمّ غين الغسل، و يحتمل الفتح.

و مع حضور ناظر إليه ذى عقل يراهما و يسمع كلامهما و نفسهما، كذا فى النصّ «۴» لإيراثه زنا الناظر، و لا فرق فيه بين المميز و غيره، كما يقتضيه الإطلاق هنا و فى التحرير «۵» و الإرشاد «۶» و التلخيص «٧» و النهاية «٨» و الشرائع «٩» و غيرها، و هو حسن، لإطلاق النصّ. و ربّما خصّ بالمميّز.

و عن النعمان بن على بن «١٠» جابر، عن الباقر صلوات اللّه عليه: إيّاك و الجماع حيث يراك صبىّ يحسن أن يصف حالك، قال: قلت: يا ابن رسول اللّه كراهة الشنعة؟ قال: لا، فإنّك إن رزقت ولدا كان شهرة و علما فى الفسق و الفجور «١١» فيمكن أن يراد بالمميّز ما تضمّنه الخبر.

و فى بعض الكتب عن الصادق عليه السلام: نهى أن توطأ المرأة و الصبى فى المهد ينظر إليهما «١٢». و لعلّ ما فى أكثر النصوص من تخصيصه بالصبى أو الغلام و الجارية «١٣» لكونه الذى لا يجتنب عنه غالبا. و يعرف حكم الكبير بالأولوية.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١ ص ٢٧٠ ب ١٣ من أبواب الوضوء، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ١٩٢ ب ١۵۵ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(٣) الرسالة الذهبية: ص ٢٨.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٩۴ ب ۶٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

(۵) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۴ س ٢١.

(۶) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ۵.

(٧) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهية): ج ٣٨ ص ۴۶۵.

(٨) النهاية: ج ٢ ص ٣۵٣.

(۹) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۶۸.

(۱۰) في الوسائل: عن النعمان بن يعلى عن جابر ..

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۹۵ ب ۶۷ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۸.

(۱۲) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۲۱۳ ح ۷۸۱.

(۱۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۹۳ ب ۶۷ من أبواب مقدّمات النكاح.

و النظر إلى فرج المرأة و في بعض الأخبار إلى باطنه مجامعا لأنّه يورث العمى في الولد، و لعلّه يرى ما يكره، و حرّمه ابن حمزة «۱». و «مجامعا» حال عن الفرج، فالأظهر «۲» كونه اسم مفعول، أو عن فاعل النظر الذي عوّض عنه اللام، أو فاعل الجماع أو الرجل.

و استقبال القبلة و استدبارها قيل: خوفا من فقر الولد. و عن النبي صلّى اللّه عليه و آله:

لعن المستقبل «۳».

و في السفينة و قيل: إنّ النطفة لا تستقر فيها.

و الكلام بغير ذكر اللّه و في أكثر الأخبار النهي عن كثرة الكلام، لأنّه يورث الخرس في الولد «۴».

[المبحث الرابع]

الرابع اتفق الأصحاب و نطقت الأخبار «۵» بأنّه يجوز النظر و استحبّه الشهيد «۶» إلى وجه من يريد نكاحها و كفّيها لا لريبة أو تلذّذ لاختبارها «۷» للنكاح قبل الخطبة كما في التذكرة «۸» لما في ردّها بعدها من كسر قلبها بشرط تجويز النكاح عادة و شرعا و إفادة النظر ما لا يعرفه.

و المراد بالكف: اليد من رؤوس الأصابع إلى المعصم، لأنّه المتبادر في مثله، و التنصيص على المعاصم في حسن هشام بن سالم و حمّاد بن عثمان و حفص بن البختري «۹» و لذا عبّر الشيخان في المقنعة «۱۰» و النهاية «۱۱» باليدين.

---

(۱) الوسيلة: ص ۳۱۴.

(۲) في ن: فالظاهر.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۹۸ ب ۶۰ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۸۶ ب ۶۰ من أبواب مقدّمات النكاح.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹ ب ۳۶ من أبواب مقدّمات النكاح.

(۶) صرّح بذلك الشهيد الثاني في الروضة البهيّة: ج ۵ ص ۹۷.

(۷) في ن: لاختيارها.

(۸) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۳ س ۷.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹ ب ۳۶ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۲.

(۱۰) المقنعة: ص ۵۲۰.

(۱۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۵۵.

و يجوز مكرّرا إن لم يدقّق النظر أوّلا، و اشترط فيه الشيخ «١» و ابن إدريس «٢» استجابتها إلى النكاح و إليها جملتها في ثيابها قائمة و ماشية مكررا و متأمّلا، كما يرشد إليه خبر الحسن بن علي السرّي قال: قلت لأبي عبد اللّه عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأمّلها و ينظر إلى خلفها و إلى وجهها؟

قال: لا بأس بأن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوّجها ينظر إلى خلفها و إلى وجهها «٣». و لأنّ الغرض لا يتمّ غالبا بدونه.

و فرق ما بينها و بين غيرها جواز التعمّد و التأمّل و التكرّر و الإباحة بلا كراهة إن لم يستحب و إن لم يستأذنها للعموم، و لأنّه ربّما تعذّر مع الاستئذان أو زيّنت نفسها و تهيّأت فيفوت الغرض، خلافا لمالك «٤».

و بالعكس لاشتراك العلّة، و هي فيها أقوى، لأنّ بيده لا بيدها الطلاق، و وجود القول بجواز نظرها إلى الأجنبي مطلقا. و فيه أنّه خروج عن النص، و أنّ العلّة المنصوصة هي أنّه يشتريها بأغلى ثمن و ليست بمشتركة، و لا أعرف من الأصحاب من قال به غيره و الحلبي «٥» و يحيى بن سعيد «٦»، و إنّما ذكرته العامة و روته عن عمر «٧».

و روي عن الصادق عليه السّلام في صحيح ابن سنان «٨» جواز النظر إلى شعرها.

و في رواية غياث بن إبراهيم «٩» إلى محاسنها و في مرسل عبد اللّه ابن الفضل «١٠» إليهما فربّما عمّت المحاسن غير الوجه و الكفين، و فسرت بها في

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ١۶١.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ۶٠٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٩ ب ٣۶ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٣.

(۴) المجموع: ج ١۶ ص ١٣٨.

(۵) الكافي في الفقه: ص ٢٩۶.

(۶) لم نعثر عليه في الجامع للشرائع.

(٧) المجموع: ج ١۶ ص ١٣٩.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶٠ ب ٣۶ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٧.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶٠ ب ٣۶ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٨.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٩ ب ٣۶ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۵.

النهاية «١» و هو أولى اقتصارا على المتيقن.

و ما مرّ من خبر السري «٢» يرشد إلى النظر إلى جسدها من فوق الثياب و كذا قوله صلّى اللّه عليه و آله: من تاقت نفسه إلى نكاح امرأة فلينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها «٣». و في العلل صحيحا عن يونس بن يعقوب قال للصادق عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوّج المرأة، يجوز أن ينظر إليها؟ قال: نعم، و يرقق له الثياب، لأنّه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن «۴».

و كذا يجوز النظر إلى أمة يريد شراءها اتفاقا، و إن لم يقع من البائع إلّا التعرّض للبيع فإنّه إذن فيه.

و لا يجب الاقتصار على الوجه و الكفّين، بل ينظر إلى شعرها و محاسنها و هي ما خلا العورة كما في التذكرة «۵» للحاجة، و تضمّن التعريض للبيع الإذن فيه. و رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السّلام عن الرجل يعترض الأمة يشتريها، قال: لا

بأس بأن ينظر إلى محاسنها و يمسّها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغى النظر إليه «۶».
و لكن الخبر ضعيف، و لا يتعيّن ما لا ينبغى النظر إليه للعورة، و الإذن فى ضمن التعريض للبيع غير معلوم، و لذا قصّر المفيد جوازه على الوجه و الشعر «۷» و الشيخ ظاهرا عليهما مع اليدين «۸» و هو ظاهر التحرير «۹».
و ربّما أجيز النظر إلى العورة أيضا للحاجة دون العكس إذ لا اختيار للأمة.

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۵۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹ ب ۳۶ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۳.

(۳) عوالى اللآلى: ج ۳ ص ۳۱۴ ح ۱۵۰.

(۴) علل الشرائع: ص ۵۰۰.

(۵) تذكرة الفقهاء: ج ۱ ص ۵۰۱ س ۲۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۴۷ ب ۲۰ من أبواب بيع الحيوان، ح ۱.

(۷) المقنعة: ص ۵۲۰.

(۸) النهاية: ج ۲ ص ۳۵۵.

(۹) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳ س ۱۷.

و أفتى الشيخان «۱» و جماعة بجواز النظر إلى نساء أهل الذمّة و شعورهن إلّا لتلذّذ بالنظر أو ريبة و هى ما يخطر بالبال من النظر دون التلذّذ به، أو خوف افتتان. و الفرق بينه و بين الريبة ظاهر ممّا عرفت، و لذا ذكر الثلاثة فى التذكرة «۲» و يمكن تعميم الريبة للافتتان، لأنّها من «راب» إذا أوقع فى الاضطراب، فيمكن أن يكون ترك التعرّض له هنا و فى التحرير و غيرهما لذلك.
و المستند أخبار منها: خبر عبّاد بن صهيب عن الصادق عليه السّلام: لا بأس بالنظر إلى نساء أهل تهامة و الأعراب و أهل البوادى من أهل الذمّة و العلوج، لأنهن لا تنتهين إذا نهين «۳».
و منها: خبر زرارة عن الباقر عليه السّلام: إنّ أهل الكتاب مماليك الإمام، ألا ترى أنّهم يؤدّون الجزية كما يؤدّى العبد الضريبة إلى مواليه «۴».
و منع منه ابن إدريس «۵» تمسّكا بالآية و استضعافا للمستند، و اختاره فى المختلف «۶» و لا بأس به.
و يجوز أن ينظر الرجل إلى جميع أعضاء مثله فى المذكورة إلّا العورة بالاتّفاق قولا و فعلا و إن كان شابّا و كذا الناظر حسن الوجه، للأصل من غير معارض قولى أو فعلى إلّا لريبة أو تلذّذ.
و كذا تنظر المرأة إلى مثلها مع الاستثناء، و الشيخ «۷» و الطبرسى «۸» فى تفسيرهما و الراوندى فى فقه القرآن «۹» على المنع من نظر المشركة إلى المسلمة، قال الشيخ و الراوندى: إلّا أن تكون أمة، و فسّروا «نِسٰائِهِنَّ» بالمؤمنات،

---

(۱) المقنعة: ص ۵۲۱، النهاية: ج ۲ ص ۳۵۵.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۴ س ۲۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۴۹ ب ۱۱۳ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۷ ب ۴۵ من أبواب العدد ح ۱.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۰.

(۶) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۹۳.

(۷) التبيان: ج ۷ ص ۴۳۰.

(۸) مجمع البيان: ج ۷ ص ۱۳۸.

(۹) فقه القرآن: ج ۲ ص ۱۲۸.

و هو قویّ و أسند الصدوق فی باب ثلاث و سبعین من الخصال عن جابر عن أبی جعفر علیه السّلام: لا یجوز للمرأة أن تنکشف بین یدی الیهودیّة و النصرانیة، لأنّهن یصفن ذلک لأزواجهنّ «۱» «۲».

و قوّی الجواز فی التذکرة فی الذمّیة «۳» للأصل، و عدم العلم بکون «نِسائِهِنَّ» بذلک المعنی، و لم یتعرّض للکافرة غیرها.

و عن حفص بن البختری عن الصادق صلوات اللّه علیه: لا ینبغی للمرأة أن تنکشف بین یدی الیهودیة و النصرانیة، فإنّهن یصفن ذلک لأزواجهنّ «۴». و ظاهر «لا ینبغی» الجواز.

قال فی التذکرة: و علیه ما الذی تراه منها؟ قال الجوینی: لا تری منها إلّا ما یراه الرجل الأجنبی، و قیل: لا تری إلّا ما یبدو عند المهنة «۵» أی الخدمة.

و الملک للأمة و النکاح یبیحان عندنا النظر إلی السوأتین من الجانبین فضلا عن غیرهما- و إن حرم الوطء لحیض أو صوم أو نحوهما- إلّا فی الأمة المزوّجة من الغیر للأخبار «۶»، و المکاتبة و المشترکة و الوثنیة و المرتدّة و المجوسیّة، کما نصّ علی الجمیع فی التذکرة «۷».

و إنّما یجوز النظر إلی السوأتین علی کراهیة و ربّما یرشد إلیه قوله تعالی «فَوَسْوَسَ لَهُمَا الشَّیْطانُ لِیُبْدِیَ لَهُما ما وُورِیَ عَنْهُما مِنْ سَوْآتِهِما» «۸» و قوله:

«فَلَمّا ذاقَا الشَّجَرَةَ بَدَتْ لَهُما سَوْآتُهُما» «۹» و قوله «یَنْزِعُ عَنْهُما لِباسَهُما لِیُرِیَهُما سَوْآتِهِما» و قد عرفت القول بحرمة النظر إلی الفرج حال الجماع.

---

(۱) الخصال: ج ۲ ص ۵۸۷ ح ۱۲.

(۲) ما بین المعقوفتین لیس فی ن.

(۳) تذکرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۳ س ۳۳.

(۴) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۱۳۳ ب ۹۸ من أبواب مقدّمات النکاح، ح ۱.

(۵) تذکرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۳ س ۳۳.

(۶) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۵۴۸ ب ۴۴ من أبواب نکاح العبید و الإماء.

(۷) تذکرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۴ س ۴۲.

(۸) الأعراف: ۲۰.

(۹) الأعراف: ۲۲.

و یجوز بالاتفاق النظر بلا تلذذ أو ریبة إلی المحارم و هنّ من یحرم علیه نکاحهن نسبا أو رضاعا أو مصاهرة بعقد أو ملک عدا

العورة كما فى الشرائع «١» و يدل عليه الأصل، و قوله تعالى «وَ لٰا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلّٰا لِبُعُولَتِهِنَّ» «٢» الآية. و يمكن أن يراد بالتابعين غير أولى الإربة: كلّ قريب لا يمكنه نكاحها.

و فى آخر حدّ المحارب: ليس للمحرم التطلّع على العورة و الجسد عاريا، و هو ظاهر التحرير «٣» هناك، و حكى فى التذكرة عن الشافعية فى وجه «۴».

و فى تفسير على بن إبراهيم: و فى رواية أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السّلام فى قوله «وَ لٰا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلّٰا مٰا ظَهَرَ مِنْهٰا» فهو الثياب و الكحل و الخاتم و خضاب الكف و السوار، و الزينة ثلاث: زينة للناس و زينة للمحرم و زينة للزوج، فأمّا زينة الناس فقد ذكرناه. و أمّا زينة المحرم فموضع القلادة فما فوقها و الدملج و ما دونه و الخلخال و ما أسفل منه، و أمّا زينة الزوج فالجسد كلّه «۵» انتهى.

و كذا المرأة تنظر إلى محارمها عدا العورة.

و لا يحلّ النظر إلى غير الوجه و الكفين من الأجنبية بالاتفاق و النص إلّا لضرورة كالشهادة عليها.

و هل يجوز تعمّده إلى وجهها و كفّيها لا لريبة أو تلذّذ؟ فهنا و فى التحرير «۶» و التلخيص «٧» جوازه مرّة و لعلّ المراد ما لا إطالة فيها عرفا بحيث يفضى إلى تلذّذ أو ريبة، فإنّه كالمعاودة، و نصّ فى الشرائع «٨» على الكراهة لا أزيد أى فى وقت واحد عرفا، لقوله تعالى:

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢۶٩.

(٢) النور: ٣١.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٢٣۵ س ۴.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٧٣ س ٣١.

(۵) تفسير القمى: ج ٢ ص ١٠١.

(۶) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣ س ١٨.

(٧) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهية): ج ٣٨ ص ۴۶۶.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢۶٩.

«وَ لٰا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلّٰا مٰا ظَهَرَ مِنْهٰا» «١» ففى تفسير على بن إبراهيم: أنّه الكفّان و الأصابع «٢». و فسّر بالوجه و الكفّين. و لمرسل مروك بن عبيد عن الصادق عليه السّلام قال: قلت له: ما يحلّ للرجل أن يرى من المرأة إذا لم يكن محرما؟ قال: الوجه و الكفان و القدمان «٣». و صحيح على بن سويد قال: قلت لأبى الحسن عليه السّلام: إنّى مبتلى بالنظر إلى المرأة الجميلة فيعجبنى النظر إليها، فقال: يا على لا بأس إذا عرف اللّه من نيّتك الصدق «۴».

و للإطباق فى الأعصار على خروجهنّ من غير ضرورة بلا نكير.

و أمّا حرمة الأزيد فلقوله صلّى اللّه عليه و آله: لا تتبع النظرة النظرة، فإنّ الأولى لك و الثانية عليك «۵». و لأنّه مظنّة الفتنة، و لذا صرف صلّى اللّه عليه و آله وجه الفضل بن عبّاس عن الخثعمية «۶».

و أطلق فى المبسوط الجواز على كراهية من غير تقييد بالمرّة «٧» و قوّى فى التذكرة الحرمة مطلقا «٨» و جعل فى التبيان أحوط «٩» لإطلاق الأمر بالغضّ و خوف الفتنة و الإطباق فى الأعصار على المنع من خروجهنّ سافرات و إنّما يخرجن متسترات، و لا

يتعيّن مـا ظهر منها لما ذكر، بل الظاهر ما عن ابن مسعود «١٠» من الثيـاب، و ظـاهر الابتلاء بالنظر ما يقع اتفاقا لا متعمّـدا، و خبر مروك مرسل.

و كـذا المرأة تنظر إلى وجه الأـجنبىّ و كفّيه مرّة لاـ أزيـد، لاـشتراك العلّة حرمـة و جوازا، و الحرمـة مطلقـا هنـا أقوى منهـا فى العكس.

و للشافعية قول بجواز نظرها إلى ما يبدو منه عند المهنة «١١». و آخر إلى غير

---

(١) النور: ٣١.

(٢) لم نعثر عليه فى تفسير على بن إبراهيم، لكن نقله عنه الطبرسى فى مجمع البيان: ج ٧ ص ١٣٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ١۴۶ ب ١٠٩ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٣١ ب ١ من أبواب مقدّمات النكاح المحرّم ح ٣.

(۵) سنن الدارمى: ج ٢ ص ٢٩٨.

(۶) سنن البيهقى: ج ٧ ص ٨٩.

(٧) المبسوط: ج ۴ ص ١۶٠.

(٨) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٧٣ س ١۴.

(٩) التبيان: ج ٧ ص ۴٢٩.

(١٠) نقله عنه الشيخ فى التبيان: ج ٧ ص ۴٢٩.

(١١) مغنى المحتاج: ج ٣ ص ١٣٢.

ما بين السرّة و الركبة «١». و إلّا لأمر بالاحتجاب كهى، و لأنّ بدنها عورة، و لذا يجب عليها الستر فى الصلاة بخلافه.

و للطبيب النظر إلى مـا أى عضو يحتاج إليه أى الطبيب أو يحتاج الطبيب إليه أى إلى النظر إليه للعلاج حتى العورة من الرجل أو المرأة، رجلا كان أم امرأة و لو لم يخف فوات العضو.

و الأـقرب إن وجـد المماثـل الاقتصار عليه و «٢» إن احتيـج إلى النظر إلى العـورة، و للمرأة على المسـلمة، اقتصـارا على موضـع الضرورة. و تردّد فى التذكرة «٣».

و كـذا لشاهـد الزنا النظر إلى الفرج لتحمل الشـهادة عليه لأنّه وسـيلة إلى إقامـة حـدّ من حدود اللّه، و لما فى المنع منه من عموم الفساد و انسداد باب هذا الركن العظيم من أركان الشـريعة، و اسـتقرب المنع فى التذكرة «۴» و قضـاء الكتاب للأمر بالستر، و هو الأقرب.

و ليس للخصـىّ النظر إلى المالكـة و لاـ الأجنبيّـة وفاقا للمشـهور، و حكى الإجماع عليه فى الخلاف «۵» و يـدلّ عليه عموم الأمر بالغضّ و النهى عن إبـداء الزينـة، مع عـدم العلم بالـدخول فى التابعين غير اولى الإربـة أو ما ملكت أيمانهن، لتفسير الثانى عندنا بالإماء، و لا يدخلن فى نسائهنّ إلّا إذا كنّ مسلمات، و لو سلّم انتفاء إربه الخصى فى الجماع فلا نسلّمه فى الاستمتاع بغيره.

و يمكن أن يقـال: إنّه غير ذى إربه شـرعا، لكونه مملوكـا لها، و خبر أحمـد بن إسـحاق عن الكاظم صـلوات اللّه عليه قال: قلت: للرجل الخصـىّ يدخل على نسائه فيناولهنّ الوضوء فيرى شعورهنّ؟ فقال: لا «۶». و خبر عبد الملك بن عتبة النخعى عن الصادق صلوات اللّه و سلامه عليه عن أمّ الولد هل يصلح أن ينظر إليها خصىّ

(۱) مغنى المحتاج: ج ۳ ص ۱۳۲.
(۲) كذا فى النسختين، و الظاهر أن «و» زائدة.
(۳) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۳ س ۲۰.
(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۳ س ۲۱.
(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۲۴۹ المسألة ۵.
(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۶۶ ب ۱۲۵ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۲.

مولاها و هى تغتسل؟ قال: لا يحلّ ذلك «۱».

و استقرب فى المختلف جواز النظر إلى المالكة «۲» لعموم ما ملكت أيمانهن، بل و التابعين غير اولى الإربة كما عرفت، و ما نطق من الأخبار «۳» بجواز نظر المملوك إلى مالكته و هى كثيرة، و كون الخبرين المتقدّمين فى النظر إلى الأجنبية، و بهذا يقوى جواز نظر الفحل المملوك، لعموم الآية «۴» و الأخبار، لكنّه لا يقول به.

و فى التمسك بالآية منع العموم، إذ بعد تسليم كون الصيغة للعموم يضعّفه الاستثناء من العموم، فإنّه بمنزلة نفى العموم.

و ربّما يقال بجواز نظر الخصىّ إلى المالكة و غيرها لصحيح ابن بزيع عن الرضا عليه السّلام سأله عن قناع الحرائر من الخصيان، قال: كانوا يدخلون على بنات أبى الحسن عليه السّلام و لا يتقنّعن. قلت: فكانوا أحرارا؟ قال: لا. قلت: فالأحرار يتقنّعن منهم؟ قال: لا «۵».

و ما ذكره أبو على من أنّه روى عن أبى عبد اللّه و أبى الحسن موسى عليهما السّلام كراهة رؤية الخصيان الحرّة من النساء، حرّا كان أو مملوكا «۶».

و الأقرب حمل الأوّل على التقية، و يؤيّده أنّه عليه السلام سئل فى حديث آخر، فقال: أمسك عن هذا. «۷». و لا ينافى التقيّة كونه مختلفا فيه عندهم، و حمل الكراهة فى الخبر الثانى على الحرمة.

و قطع فى التذكرة بأنّ المجبوب الّذى بقيت أنثياه، و الخصىّ الذى بقى ذكره كالفحل «۸». و فيه تأمّل.

(۱) المصدر السابق: ح ۱.
(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۹۲.
(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۶۴ ب ۱۲۴ من أبواب مقدّمات النكاح.
(۴) النور: ۳۱.
(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۶۷ ب ۱۲۵ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۳.
(۶) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۹۳.
(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۶۷ ب ۱۲۵ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۶.
(۸) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۴ س ۹.

و لا للأعمى فضلا عن المبصر سماع صوت الأجنبية بتلذّذ أو خوف فتنة أم لا كما يقتضيه الإطلاق هنا و فى التحرير «۱» و

الإرشاد «۲» و التلخيص «۳» و الشرائع «۴» لعموم ما ورد من أنّ صوتها عورة، و من النهى عن ابتدائهن بالسلام، و ستر عيّهن بالسكوت «۵».

و اختار فى التذكرة «۶» و المدنيّات الاولى اختصاص التحريم بما مع التلذّذ أو خوف الفتنة، و لعلّه الوجه «۷» لما روى من تسليمها و التسليم عليها «۸» و قوله تعالى:

«فَلٰا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ» «۹». و حسن ربعى بن عبد اللّه عن الصادق عليه السّلام قال: كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله يسلّم على النساء و يرددن عليه، و كان أمير المؤمنين عليه السّلام يسلّم على النساء، و كان يكره أن يسلّم على الشابّة منهنّ، و يقول: أتخوّف أن يعجبنى صوتها فيدخل علىّ أكثر ممّا طلبت من الأجر «۱۰». و لا يحضرنى الخبر بكون صوتها عورة مسندا، و إنّما رواه المصنّف فى المدنيّات الاولى مرسلا، و نفقات المبسوط «۱۱» تعطى العدم.

و لا للمرأة النظر إليه أى الأعمى، لما عرفت، و خصوص ما روى من أنّ عائشة و حفصة لم تحتجبا عن ابن أم مكتوم، و قالتا: إنّه أعمى، فقال صلّى اللّه عليه و آله:

أ فعمياوان أنتما «۱۲» و لذا تعرّض له مع إجزاء ما تقدّم عنه.

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳ س ۲۵.

(۲) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۵.

(۳) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهية): ج ۳۸ ص ۴۶۶.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۶۹.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۷۳ ب ۱۳۱ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۱.

(۶) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۳ س ۴۰.

(۷) لم يرد «و لعلّه الوجه» فى ن.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۸ ص ۴۵۱ ب ۴۸ من أبواب أحكام العشرة، و ج ۱۴ ص ۱۷۳ ب ۱۳۱ من أبواب مقدّمات النكاح.

(۹) الأحزاب: ۳۲.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۸ ص ۴۵۱ ب ۴۸ من أبواب أحكام العشرة ح ۱، و ج ۱۴ ص ۱۷۳ ب ۱۳۱ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۳.

(۱۱) المبسوط: ج ۶ ص ۳.

(۱۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۷۲ ب ۱۲۹ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۴، هذا حديث ورد فى أمّ سلمة و ميمونة، و الحديث الأوّل من الباب ورد فى عائشة و حفصة بلفظ آخر.

و للصبى الذى لم يظهر على عورات النساء النظر إلى الأجنبية بمعنى أنّه ليس عليها التستر عنه.

أمّا الّذى لم يبلغ مبلغا يحكى ما يرى فكذلك قطعا، للقطع بدخوله فى الآية «۱».

و أمّا الّذى يحكيه و ليس له ثوران شهوة، فاستقرب فى التذكرة أنّه كذلك إلّا أنّ عليه الاستئذان فى الثلاثة الأوقات، و نفى البأس عن القول بأنّه كالبالغ «۲». و هو قريب، للجهل بكونه من الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلىٰ عَوْرٰاتِ النِّسٰاءِ و إن فسّروا بما لم يراهقوا، بل ظهور خلافه.

و أمّا من به ثوران الشهوة فقطع بأنّه كالبالغ «٣» و هو قوى، لظهور الخروج عن غير الظاهرين على عوراتهن و أطلق فى التحرير «۴» كما هنا.

و العضو المبان كالمتّصل على إشكال من الاستصحاب و عموم الأمر بالغضّ، و من أنّ من المعلوم أنّ المراد الغضّ عن الرجل أو المرأة، و العضو إذا بان صار جمادا و لم يكن النظر إليه نظرا إلى شخصه لغة أو عرفا.

و اللمس فى المحارم كالنّظر إباحة و حرمة، أمّا الإباحة فللأصل من غير معارض، و أمّا الحرمة فلأنّه أقوى من النظر فى التلذذ، و لذا لم يجز لمس وجه الأجنبية و كفّيها مع جواز النظر، و لذا قيّد بالمحارم.

[المبحث الخامس]

الخامس الخطبة بالكسر مستحبّة للتأسّى، و لما فيها من تأليف قلبها و قلوب أوليائها، و ليست شرطا، و لا واجبة اتفاقا.

إمّا تعريضا بإبهام النكاح و الناكح و المنكوحة كلّا أو بعضا كربّ راغب فيك أو حريص عليك أو إنّى راغب فيك أو إنّك علىّ كريمة أو إنّ اللّه لسائق إليك خيرا أو رزقا أو ربّ راغب فى مثلك، و كذا البواقى.

---

(١) النور: ٣١.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٧۴ س ١.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٧۴ س ٣.

(۴) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣ س ٢٧.

و لو ذكر النكاح مع التصريح بالمنكوحة أبهم الخاطب و إلّا كان تصريحا كربّ راغب فى نكاحك و عنه صلّى اللّه عليه و آله لفاطمة بنت قيس: إذا أحللت فآذنينى، و لا تفوتينا نفسك «١».

و نهى اللّه تعالى عن المواعدة سرّا إلّا بالمعروف «٢» و الظاهر أنّ سرّا مفعول به، و الاستثناء متّصل، و حينئذ ظاهر السرّ هو الجماع كأن يقول: عندى جماع يرضيك، و كذا إن أخرجه أى الجماع أو مضمون ذلك الكلام مخرج التعريض كأن يقول: ربّ جماع يرضيك أو مع إبهامها، كأن يقول: إنّى كثير الجماع، أو ربّ جماع يرضى النساء، فقضيّة النظر حمل الآية على هذا المعنى لأنّه من الفحش المرغوب عنه عقلا و شرعا، و الأصل فى غيره الإباحة.

و نصّ فى التذكرة «٣» و التحرير «۴» على أنّ هذا النهى للكراهة.

و إمّا تصريحا كأن يقول: أريد التزوّج بك، أو إذا انقضت عدّتك تزوّجت بك و اختيار هذه العبارة للتصريح بجواز خطبة المعتدّة تصريحا فى الجملة.

و كلاهما حرام لذات البعل مطلقا و للمعتدّة الرجعية من غير الزوج، لأنّها ذات بعل حقيقة و للمحرّمة أبدا كالمطلقة تسعا للعدّة، و كالملاعنة، و كالمرضعة له أو لمن يتسبب ارتضاعه للحرمة عليه و كبنت الزوجة ممّن حرمت عليه فى العدّة كانت أم لا، كانت العدّة منه أم لا، فإنّ خطبتها ليست إلّا ترغيبا فى الحرام.

و يجوز التعريض لهؤلاء من غيره فى العدّة لمنطوق الآية، و لا يجوز التصريح، لمفهومها. و لأنّها بالتصريح ربّما تحققت رغبتها فيه فكذبت فى انقضاء العدّة، بخلاف التعريض.

---

(١) سنن أبى داود: ج ٢ ص ٢٨۶ ح ٢٢٨٧ و فيه: و لا تفوتينى بنفسک، و مسند أحمد بن حنبل: ج ۶ ص ۴١٢.

(٢) البقرة: ٢٣۵.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٧٠ س ١٠.

(۴) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۵ س ٢٩.

و يجوز التصريح بعدها لانتفاء المانع.

و المطلقة ثلاثا يجوز التعريض لها من الزوج و غيره و إن لم يحلّ الآن للزوج.

و يحرم التصريح منهما فى العدّة فإنّها فيها محرّمة عليهما و يجوز من غيره لا منه بعدها قبل أن تنكح زوجا غيره، لحرمته عليه دون غيره.

و المعتدّة بائنا من غير حرمة على الزوج كالمختلعة، و المفسوخ نكاحها يجوز التعريض لها من الزوج و غيره للأصل، و إطلاق النصّ و تساويهما فى البينونة، و ربّما يظهر التردّد من الشيخ «١» فى غيره من ذلك، و من أنّها فى عدّة الغير مع جواز رجوعها إليه بنكاح. و التصريح من الزوج خاصّة لأنّها فى عدّته.

و الضابط أنّه لا يجوز لأحد خطبة من يحرم عليه مؤبّدا، و لا ذات البعل، و لا المعتدّة رجعيا من غيره، لا تصريحا و لا تعريضا، و لا التصريح للمطلّقة ثلاثا فى العدة من الزوج و غيره و بعدها من الزوج، و للمعتدّة بائنا إلّا من الزوج، و يجوز التعريض لها منه و من غيره على خلاف.

و الإجابة تابعة للخطبة جوازا و حرمة تصريحا و تعريضا.

و لو صرّح بالخطبة فى موضع المنع من التصريح خاصّة أو و من التعريض أو عرّض فى موضعه أى المنع، و لما ذكرنا من تعميم المنع أوّلا كرّره بعد كلّ من التصريح و التعريض، و إلّا أمكن توهّم أنّ المراد فى كلّ منهما المنع منه، و لو قال: «و لو خطب فى موضع المنع» لم يكن نصّا فى حكم التصريح، و بالجملة لو فعل الحرام من الخطبة لكونها فى العدّة ثمّ انقضت العدّة لم يحرم نكاحها لعدم [الدليل على] «٢» تأثير المعصية المتقدّمة فيه، كما لو نظر إليها نظرا محرّما.

و لو أجابت خطبة زيد مثلا صريحا أو تعريضا أو بالإذن للولى

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢١٨.

(٢) لم يرد فى ن.

أو سكتت إذا استأذنها الولى و هى بكر أو أجاب الولى و هى ممّن له إجبارها عليه ففى تحريم خطبة غيره نظر: من النهى، و وجوب إجابة الكفؤ، و حرمة الدخول فى سوم المؤمن مع ورود أنّه مستام، و ما فيه من إيذاء المؤمن و إثارة الشحناء، و من الأصل. و منع صحّة طريق النهى و كونه مستاما حقيقة و حرمة الدخول فى السوم، و أنّ أجابه كفوء مانعة من إجابة آخر، خصوصا إذا رجح على الأوّل و لو بزيادة ركونها إليه، مع كون الأمر بيدها، و هو مختار المبسوط «١».

إلّا المسلم فيجوز أن يخطب على خطبة الذّمى فى الذمّية إذ لا حرمة للكافر، و النهى إنّما هو- عن خطبة أحدكم على خطبة أخيه، و ظاهره الإسلام.

و لو عقد الغير أى الخاطب الثانى صحّ و إن حرّمنا خطبته كما هو نصّ الشيخ «٢» للأصل.

[المبحث السادس]

السادس خصّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله بأشياء فى النكاح و غيره و قد جرت العادة بذكرها فى هذا الكتاب و هى تغليظات و تخفيفات و تكريمات، و إن اشتمل التخفيفات و كثير من التغليظات على التكريم.

فمن الأوّل إيجاب استعمال السواك عليه فإنّ المعروف عند المعظم مرادفة السواك للمسواك، لكن فى بعض كتب اللغة كالمجمل إتيانه بمعنى الاستعمال «٣».

و الوتر، و الأضحية بالضم و الكسر، فعنه صلّى اللّه عليه و آله: كتب علىّ الوتر و لم يكتب عليكم، و كتب علىّ السواك و لم يكتب عليكم، و كتب علىّ الأضحية و لم يكتب عليكم «٤».

و إنكار المنكر و المراد إظهاره من غير تقيّة للوعد بالعصمة من

---

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٢١٩.

(٢) المبسوط: ج ٤ ص ٢١٩.

(٣) مجمل اللغة: ج ٢ ص ٤٧٩ (مادة سوك).

(٤) الحاوى الكبير: ج ٩ ص ٢٨.

الناس، و إلّا فالإنكار و لو بالقلب واجب على الأمّة أيضا.

و وجوب التخيير لنسائه بين إرادته أى المقام معه و مفارقته للأمر به بقوله «يٰا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوٰاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيٰاةَ الدُّنْيٰا» «١» الآية. بل الآيتان، و لكن لما كفت الآية الاولى فى إفادة التخيير، بل العمدة التخيير فى الفراق، اكتفى بها، مع جواز إرادة الجنس الشامل للمتعدد، و جواز إطلاق الآية على الآيات بمعناها اللغوى.

و من الخواصّ على ما قيل: إنّ هذا التخيير كناية عن الطلاق إن اخترن الحياة الدنيا «٢» و إنهنّ لو اخترنها طلّقن بذلك من غير تجديد طلاق، كما هو نصّ المبسوط «٣» و التحرير «٤». و ظاهر التذكرة خلافه «٥»، و هو الظاهر، لقوله: «فَتَعٰالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَ أُسَرِّحْكُنَّ «٦»».

و قيام الليل لقوله «قُمِ اللَّيْلَ إِلّٰا قَلِيلًا» «٧» و فى المبسوط: أنّه نسخ بقوله: «وَ مِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نٰافِلَةً لَكَ» «٨» و نحوه فى التحرير «٩». و عدّ فى التذكرة قيام الليل من الخواصّ، و استدلّ بقوله «وَ مِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نٰافِلَةً لَكَ» قال: و إن أشعر لفظ النافلة بالسنّة و لكنّها فى اللغة الزيادة، و لأنّ السنّة جبر للفريضة، و كان صلّى اللّه عليه و آله معصوما من النقصان فى الفرائض «١٠».

و تحريم الصدقة الواجبة و إن كانت من بنى هاشم و لم تكن زكاة، و الظاهر مشاركة الأئمّة له صلوات اللّه عليهم فيه، فالخاصّة إضافية، أو يقال وفاقا للتذكرة: إنّ التحريم عليهم بسببه، فالخاصّة عائدة إليه «١١». و بأحد الوجهين يكون من خواصّه تحريم الصدقة الواجبة من غير بنى هاشم.

---

(١) الأحزاب: ٢٨.

(۲) جامع المقاصد: ج ۱۲ ص ۵۳.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۱۵۳.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲ س ۲۱.

(۵) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۶ س ۱۹.

(۶) الأحزاب: ۲۸.

(۷) المزمل: ۲.

(۸) المبسوط: ج ۴ ص ۱۵۳.

(۹) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲ س ۲۲.

(۱۰) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۵ س ۳۳.

(۱۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۶ س ۳۰.

و كذا المندوبة على خلاف من كونها كالواجبة فى الغضّ من الأخذ و علوّ مرتبته صلّى اللّه عليه و آله و إطلاق قوله صلّى اللّه عليه و آله: إنّا أهل بيت لا تحلّ لنا الصدقة «۱» و هو مختار التذكرة «۲» و التحرير «۳». و الوجه إلحاق الأئمّة به صلّى اللّه عليه و آله كما نصّ عليه فى التذكرة «۴». و فى التحرير: و يحلّ لأهله إجماعا «۵» و نحوه فى المبسوط «۶». و من أنّها كالهدية، و ورود الأخبار عنهم عليهم السّلام بحصر المحرّم فى المفروضة، و هو مختار المبسوط «۷».

و الجواب: منع القياس، و جواز اختصاص الأخبار بغيره صلّى اللّه عليه و آله و اختصاص هذا التحريم به صلّى اللّه عليه و آله كاختصاص تحريم الواجبة إن شاركه الأئمّة عليهم السّلام أو بنو هاشم.

و خائنة الأعين و هو الغمز أى الإشارة بها إلى مباح من ضرب أو قتل على خلاف ما يظهره أو يشعر به الحال، و الخائنة مصدر كالعافية، أو نائب منابه، أو اسم فاعل، و الإضافة بيانية، و المراد فعلها، و عنه صلّى اللّه عليه و آله: ما كان لنبيّ أن يكون له خائنة الأعين «۸».

و تحريم نكاح الإماء بالعقد لاشتراطه بالخوف من العنت، و هو معصوم، و بفقدان الطول، و لا مهر عليه ابتداء و لا انتهاء.

و نكاح الكتابيّات على القول بجوازه للأمة، لأنّه أشرف من أن يضع ماءه فى رحم كافرة، و لأنّ أزواجه أمّهات المؤمنين. و يمكن فهم التحريمين من قوله «يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنّا أَحْلَلْنا لَكَ أَزْواجَكَ» «۹» الآية، و قد وقع الخلاف من بعض العامّة فى جميع ما ذكر من الخواصّ إلّا فى الصدقة الواجبة و خائنة الأعين «۱۰».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۶ ص ۱۸۷ ب ۲۹ من أبواب المستحقين للزكاة ح ۶.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۶ س ۳۱.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۱ ص ۲۹۱ س ۱۴.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۶ س ۳۲.

(۵) تحرير الأحكام: ج ۱ ص ۲۹۱ س ۱۶.

(۶) المبسوط: ج ۳ ص ۳۰۲.

(۷) المبسوط: ج ۳ ص ۳۰۲.

(۸) سنن البيهقى: ج ۷ ص ۴۰.

(۹) الأحزاب: ۵۰.

(۱۰) راجع الحاوى الكبير: ج ۹ ص ۲۹.

و تحريم الاستبدال بنسائه لقوله تعالى «وَ لٰا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ» «۱» أثابه لهنّ على اختيار هن له و للدار الآخرة، و لبعض العامّة قول بنسخة بقوله:

«تُرْجِي مَنْ تَشٰاءُ مِنْهُنَّ وَ تُؤْوِي إِلَيْكَ مَنْ تَشٰاءُ» «۲».

و تحريم الزيادة عليهنّ لقوله تعالى «لٰا يَحِلُّ لَكَ النِّسٰاءُ مِنْ بَعْدُ» «۳». لإثابتهن حتى نسخ بقوله تعالى «يٰا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنّٰا أَحْلَلْنٰا لَكَ أَزْوٰاجَكَ» «۴» الآية ليكون المنّة له صلّى اللّه عليه و آله عليهن فى ترك الزيادة، و الأخبار عندنا كثيرة بعدم تحريم الزيادة «۵» و أنّ معنى الآية: لا يحلّ لك النساء اللاتى فى قوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهٰاتُكُمْ» الآية «۶».

و الكتابة لقوله تعالى «وَ لٰا تَخُطُّهُ بِيَمِينِكَ» «۷».

و قول الشعر لقوله تعالى «وَ مٰا عَلَّمْنٰاهُ الشِّعْرَ وَ مٰا يَنْبَغِي لَهُ» «۸».

و فيهما تأكيد الحجّة و الإعجاز. و لعلّ فى ذكرهما من خواصّه إشعارا بأنّه صلّى اللّه عليه و آله كان يحسنهما، لقوله فى التذكرة: و قد اختلف فى أنّه صلّى اللّه عليه و آله هل كان يحسنهما أم لا؟ و أصحّ قولى الشافعى الثانى، و إنّما يتّجه التحريم على الأوّل «۹»، انتهى.

و عندى فيه نظر، و قد ورد فى أخبارنا أنّه صلّى اللّه عليه و آله كان يكتب و يقرأ باثنين و سبعين أو ثلاثة و سبعين لسانا «۱۰».

و تحريم نزع لأمته إذا لبسها قبل لقاء العدوّ و للشافعية قول بكراهته «۱۱». و عنه صلّى اللّه عليه و آله: ما كان لنبيّ إذا لبس لأمته أن ينزعها حتى يلقى العدوّ «۱۲».

---

(۱) الأحزاب: ۵۲.

(۲) الجامع لأحكام القرآن: ج ۱۴ ص ۲۱۹.

(۳) الأحزاب: ۵۲.

(۴) الأحزاب: ۵۰.

(۵) الكافى: ج ۵ ص ۳۸۷.

(۶) النساء: ۲۳.

(۷) العنكبوت: ۴۸.

(۸) يس: ۶۹.

(۹) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۶ س ۳۶.

(۱۰) معانى الأخبار: ص ۵۳ ح ۶.

(۱۱) لم نعثر عليه فى كتبهم المتوفّرة لدينا، حكاه فى تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۶ س ۳۷.

(۱۲) صحيح البخارى: ج ۹ ص ۱۳۸.

و من الثانى أعنى التخفيفات أنّه أبيح له أن يتزوّج بغير عدد فى الأصحّ، و قطع به الشيخ «۱» لظاهر الآية و للأخبار. و للشافعية قول بحرمة الزيادة على التسع «۲».

و أن يتزوّج و يطأ بغير مهر قطع به الشيخ «۳» لإباحة تزوّجه بالهبة، و ظاهر الهبة يقتضى ذلك، و الأخبار به من طريقنا كثيرة «۴». و للشافعية قول غريب بخلافه «۵».

و أبيح له التزوّج بلفظ الهبة لظاهر الآية «۶» و احتمل العدم، لقوله:

«إِنْ أَرادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَها» و منع ظهور «وَهَبَتْ» فى ذلك. و قيل: يكفى لفظ الهبة منها، و لا بدّ فيه عليه السّلام من لفظ النكاح «۷».

و ترك القسم بين زوجاته لقوله تعالى «تُرْجِي مَنْ تَشاءُ مِنْهُنَّ وَ تُؤْوِي إِلَيْكَ مَنْ تَشاءُ» «۸» و قيل بوجوبه «۹» و استظهره فى المبسوط «۱۰» و يحمل الآية حينئذ على جواز التبدّل أو التخيير بين الواهبات أو جملة النساء المؤمنات أن ينكح من شاء منهنّ و يترك من شاء.

و فى التذكرة: أنّ هذه الإباحات مبتية على كون النكاح فى حقّه كالتسرّى فى حقّنا «۱۱» فإن كان الأمر كذلك يثبت، و إلّا فلا.

و أبيح له الاصطفاء لما اختاره من الغنيمة قبل القسمة، و كذا الإمام عندنا، فالخاصّة إضافيّة أو مطلقة على الوجه الذى عرفت.

و الوصال فى الصوم، فعنه صلّى اللّه عليه و آله أنّه لمّا نهى عن الوصال قيل له: إنّك

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۱۵۴.

(۲) المجموع: ج ۱۶ ص ۱۴۴.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۱۵۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۹۸ ب ۲ من أبواب عقد النكاح.

(۵) الحاوى الكبير: ج ۹ ص ۲۴.

(۶) الأحزاب: ۵۰.

(۷) جامع المقاصد: ج ۱۲ ص ۵۹.

(۸) الأحزاب: ۵۱.

(۹) الحاوى الكبير: ج ۹ ص ۲۵.

(۱۰) المبسوط: ج ۴ ص ۱۶۰.

(۱۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۸ س ۴.

تواصل، فقال: لست كأحدكم إنّى أطعم و أسقى «۱». و فى رواية أخرى: أبيت يطعمنى ربّى و يسقين «۲».

قال فى التذكرة: و معناه: أن يطوى الليل بلا أكل و لا شرب مع صيام النهار، لا أن يكون صائما، لأنّ الصوم فى الليل لا ينعقد، بل إذا دخل الليل صار الصائم مفطرا إجماعا «۳». و نحوه فى المبسوط «۴» و التحرير «۵». و كلّ من عدم انعقاده بالليل فى حقّه صلّى اللّه عليه و آله و الإجماع فى حقّه و وجوب الأكل و الشرب أو نحوهما فى الليل على غيره ممنوع، و قد صرّح فى صوم التحرير «۶» و المنتهى «۷» بخلافه.

و أخذ الماء من العطشان بل الطعام و الشراب من مالكهما و إن اضطرّ إليهما، لأنّه صلّى اللّه عليه و آله أولى بالمؤمنين من

أنفسهم، و حفظ مهجته الشريفة أهم و الحمى لنفسه لرعى ماشيته و للمسلمين، و لم يكن ذلك لأحد من الأنبياء و لا للأئمّة بعده، كذا فى المبسوط «٨» و التذكرة «٩». نعم للإمام أن يحمى للمسلمين، و قيل: له الحمى لنفسه «١٠».

و من خواصّه صلّى اللّه عليه و آله بالنسبة إلى الأنبياء عليهم السّلام أنّه أبيح لنا و له الغنائم و لم يبح لأحد قبله، بل كانت تجمع فينزل نار فيحرقها.

و أنّه جعل له و لنا الأرض مسجدا و ترابها طهورا يصلّى أين يشاء، و يتطهّر بأىّ تراب، قال صلّى اللّه عليه و آله: أعطيت خمسا لم يعطها أحد قبلى:

جعلت لى الأرض مسجدا و طهورا، و أحلّ لى المغنم، و نصرت بالرعب، و أعطيت جوامع الكلم، و أعطيت الشفاعة «١١». و فى رواية أخرى: جعلت لى الأرض مسجدا و ترابها طهورا «١٢».

---

(١) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٢١.

(٢) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ٥١۶.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵۶٧ س ١٩.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ١۵٣.

(۵) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣ س ١.

(۶) تحرير الأحكام: ج ١ ص ٨۴ س ٣٢.

(٧) منتهى المطلب: ج ٢ ص ۶١٧ س ٢۶.

(٨) المبسوط: ج ۴ ص ١۵٣.

(٩) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶١٧ س ٢۶.

(١٠) جامع المقاصد: ج ١٢ ص ۶٢.

(١١) الخصال: ص ٢٩٢ ح ۵۶.

(١٢) عوالى اللآلى: ج ٢ ص ٢٠٨ ح ١٣٠.

و قد وقع الخلاف فى التيمم بغير التراب، و لذا خصّ التراب بالذكر، و يجوز كونهما خاصّتين مطلقتين على الوجه المتقدّم.

و من الكرامات أنّه جعلت أزواجه أمهات المؤمنين بنصّ الآية «١». بمعنى تحريم نكاحهنّ على غيره و احترامهن سواء فارقهن بموت كالتسع المعروفات أو فسخ كالتى فسخ نكاحها بالبرص أو طلاق كالتى استعاذت منه، لشمول الأزواج لهن لا لتسميتهنّ أمّهات و لا لتسميته صلّى اللّه عليه و آله و أبا و لا لجواز النظر إليهن و الخلوة بهن، و لا آباؤهن و أمّهاتهن أجداد المؤمنين، و لا إخوانهن أخوالهم، و لا بناته أخواتهم.

و بعث إلى الكافة من الثقلين.

و من الكرامات الخاصة بالنسبة إلى الأنبياء بل مطلقا أنّه بقيت معجزته و هى القرآن إلى يوم القيامة و هو متضمّن لخواصّ:

إحداها: أنّ له معجزة من جنس الكلام.

و الثانية: بقاء المعجزة بعده.

و الثالثة: بقاء الكتاب من غير تحريف.

و جعل خاتم النبيّين و نصر بالرعب، و ذلك أنّه كان العدوّ يرهبه من مسيرة شهر، و جعلت أمّته معصومة لقوله تعالى «وَ كَذٰلِكَ جَعَلْنٰاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً» «٢». و لقوله صلّى اللّه عليه و آله: لا تجتمع أمّتى على ضلالة «٣». و هذه الخاصة إنّما تتم عند العامة، لأنّ الإمام فى كلّ امّة لا يكون إلّا معصوما عندنا، و غير الإمام ليسوا معصومين، فلا فرق عندنا بين أمّته و سائر الأمم، و قد يوجّه بأنّها معصومة من العذاب فى الدنيا.

و خصّ بالشفاعة لنحو ما مرّ من الخبر.

---

(١) الأحزاب: ۶.

(٢) البقرة: ١۴٣.

(٣) سنن ابن ماجة: ج ٢ ص ١٣٠٣ ح ٣٩۵٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۴٠

و كان ينظر من ورائه كما ينظر من قدّامه بمعنى الاستواء فى التحفّظ و الحسّ، و كان تنام عينه و لا ينام قلبه كذلك أى بمعنى التحفّظ و الحسّ، و قد ورد مشاركة الأئمّة له صلوات اللّه عليهم فيهما «١» و يتفرّع على الثانية عدم انتقاض الوضوء بالنوم، و قد نصّ عليه فى التذكرة «٢».

و جعل بنصّ الآية «٣» ثواب نسائه مضاعفا، و كذا عقابهن.

و أبيح له دخول مكّة فضلا عن خارجها من الحرم بغير إحرام.

و إذا وقع بصره على امرأة و رغب فيها وجب على الزوج طلاقها لقضية زيد «۴» و إن كانت خليّة وجبت عليها الإجابة.

قال فى التذكرة: و لعلّ السر فيه من جانب الزوج امتحان إيمانه، و من جانبه صلّى اللّه عليه و آله و ابتلاؤه ببلية البشرية، و منعه من خائنة الأعين، و الإضمار على خلاف الإظهار، كما قال اللّه تعالى «وَ تُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللّٰهُ مُبْدِيهِ» «۵». قال: و لا شيء ادعى إلى غض البصر و حفظه عن لمحاته الاتفاقية من هذا التكليف، و ليس هذا من باب التخفيفات كما قاله الفقهاء، بل هو فى حقّه غاية التشديد، إذ لو كلّف بذلك آحاد الناس لما فتحوا أعينهم فى الشوارع خوفا من ذلك، و لذا قالت عائشة:

لو كان صلّى اللّه عليه و آله و يخفى آية لأخفى هذه «۶».

[المبحث السابع]

السابع أقسام كتاب النكاح أو أقسام المبيح للوطء مجازا أو اصطلاحا ثلاثة أو الإضافة مجاز، أو الوصف بالدوام و أخويه مجاز، أو يقدّر مضاف إلى النكاح بمعنى الوطء أى مبيحة.

و على الجملة فما يستباح به الوطء ثلاثة: عقد أثره دائم، و عقد أثره منقطع، و ملك يمين و التحليل داخل فى المنقطع أو ملك اليمين، و إن فسر

---

(١) بصائر الدّرجات: ص ۴٣٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵۶٧ س ٢٧.

(٣) الأحزاب: ٣٠ و ٣١.

(۴) مجمع البيان: ج ٨ ص ٣۵٩.

(۵) الأحزاب: ۳۷.

(۶) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۶۷ س ۳۹.

اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌۷، ص: ۴۱

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۴۱

النكاح بالكتاب فالمراد قسم الدائم و قسم المنقطع و قسم ملك اليمين.

و لنبدأ بالدائم فإنّه الأصل و العمدة و المطلوب غالبا و نتبعه بالآخرين إن شاء اللّه مع تقديم المنقطع، لدخول عقده في النكاح، و دخول المنكوحة به في الزوج، فالباب الثاني و الثالث في الدائم، و إن ذكر فيهما ما يشترك بينه و بين المنقطع للاختصار.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۴۳

[الباب الثاني في العقد]

اشارة

الباب الثاني في حقيقة العقد و شروطه و أحكامه و فيه فصلان:

[الفصل الأول]

اشارة

الأوّل في أركانه أي ما يدخل في مفهومه و لو التزاما عرفيا، أو ما يدخل في تحقّق حقيقته و هي ثلاثة: الحدث، و الفاعل، و المفعول، و كذا حكم كلّ حدث متعدّي.

فالحدث هو إيقاع

[الركن الأول الصيغة]

الصيغة و كثيرا ما يطلق العقد على الصيغة، و لا بدّ فيه أي الصيغة لكونه عقدا و لفظا، أو في العقد أو النكاح من إيجاب و قبول كسائر العقود.

و ألفاظ الإيجاب: زوّجتك و أنكحتك بلا خلاف بين علماء الإسلام كما في التذكرة «۱» و قد نطق بهما في القرآن «۲».

و متّعتك وفاقا للنهاية «۳» و الشرائع «۴» و النافع «۵» و الإرشاد «۶» لعدم النّص على حصر لفظه في شي‌ء، مع دلالته على المقصود، و كونه حقيقة عرفية في النكاح، إلّا أنّه إن ذكر الأجل انصرف إلى المنقطع، و لانصرافه إلى الدائم مع نسيان الأجل، و الأكثر على المنع، و ظاهر السيد في الطبريات الإجماع

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۸۱ س ۲۳.

(۲) الأحزاب: ۳۷ و النساء: ۲۲.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۲۸۸.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۳.

(۵) المختصر النافع: ص ۱۶۹.

(۶) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۶.

عليه «۱» و هو مختار التذكرة «۲» و المختلف «۳» للاستصحاب، و كونه حقيقة فى المنقطع، و منع انصرافه إلى الدائم مع نسيان الأجل، و المجاز لا يكفى و إلّا لم ينحصر، و لأنّ فيه شوبا من العبادة، و هى لا تتلقى إلّا من الشارع.

و لفظ القبول قبلت النكاح أو التزويج أو المتعة أو نكحت أو تزوّجت.

و لو اقتصر على قبلت صحّ عندنا، لأنّه صريح فى قبول ما أوجب.

و كذا يصحّ عندنا لو تغايرا مثل أن يقول الموجب: زوّجتك فيقول: قبلت النكاح أو نكحت و بالعكس لاتفاق المعنى.

و لا بدّ من وقوعهما بلفظ الماضى وفاقا لا بنى حمزة «۴» و سعيد «۵» لأنّ أمر الفرج شديد لا يستحلّ إلّا بما تيقّن، و لا يقين فى المستقبل، لاحتماله الوعد، و وقوع الخلاف فيه، و إن ساوى الماضى فى كونهما للإخبار حقيقة، و جواز التجوّز فى الإنشاء، و أمّا الأمر فهو فى غاية البعد عن هذا الإنشاء و إن كان إنشاء.

و لو قصد بلفظ الأمر الإنشاء للقبول قيل و القائل الشيخ «۶» و ابنا زهرة «۷» و حمزة «۸» و المحقق «۹»: يصحّ كما فى خبر سهل الساعدى المروىّ بطرق من الخاصة و العامة: أنّ رجلا سأل النبى صلّى اللّه عليه و آله و تزويج امرأة، فقال: زوّجنيها، فسأله عمّا يصدقها به- إلى أن قال: زوّجتك بما معك من القرآن «۱۰». و ليس فى الخبر من طرقه أنّه أعاد القبول.

و الأقوى المنع، وفاقا للسرائر «۱۱» و الجامع «۱۲» و المختلف «۱۳» استصحابا لعصمة

(۱) الطبريات- أى الناصريات- ص ۳۲۵ المسألة ۱۵۲.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۸۱ س ۳۵.

(۳) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۸۷.

(۴) الوسيلة: ص ۲۹۱.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۳۶.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۴.

(۷) الغنية: ص ۳۴۱.

(۸) الوسيلة: ص ۲۹۱.

(۹) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۳.

(۱۰) عوالى اللآلى: ج ۲ ص ۲۶۳ ح ۸.

(۱۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۷۴- ۵۷۵.

(١٢) الجامع للشرائع: ص ٤٣٧.

(١٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٨٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٤٥

الفرج و عدم العلم بالاجتزاء بما فى الخبر، مع احتمال الشهيد أن يكون ذلك اللفظ منه صلّى اللّه عليه و آله إيجابا و قبولا، لثبوت الولاية له على المؤمنين «١» فهو من خواصّه صلّى اللّه عليه و آله إلّا أنّه قد يستبعد لكون المعروف فى وليّ الصغيرين إذا زاوج بينهما التلفظ بكلّ من الإيجاب و القبول. و أمّا قصد إنشاء القبول من الأمر فمعناه إفادته الرضا المفهوم من لفظ القبول.

و لو قال: أتزوّجك- بلفظ المستقبل منشئا- فقالت: زوّجتك نفسى جاز على رأى وفاقا للحسن «٢» و المحقّق «٣» لرواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام سأله كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوّجك متعة على كتاب اللّه و سنّة نبيّه لا وارثة و لا موروثة كذا و كذا يوما، و إن شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما تراضيتما عليه، قليلا كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت و هى امرأتك و أنت أولى الناس بها. قلت: فإنّى أستحيى أن أذكر شرط الأيام. قال: هو أضرّ عليك. قلت: و كيف؟ قال: إنّك إن لم تشترط كان تزويج مقام، و لزمتك النفقة فى العدة، و كانت وارثا و لم تقدر أن تطلّقها إلّا طلاق السنّة «٤».

و رواية ابن أبى نصر عن ثعلبة قال: تقول: أتزوّجك متعة على كتاب اللّه و سنّة نبيّه صلّى اللّه عليه و آله نكاحا غير سفاح على أن لا ترثينى و لا أرثك كذا و كذا يوما بكذا و كذا، و على أن عليك العدة «٥».

و رواية هشام بن سالم قال: قلت: كيف يتزوّج المتعة؟ قال: تقول: يا أمة اللّه أتزوّجك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما «٦».

---

(١) غاية المراد: ص ٨٩ (مخطوط).

(٢) حكاه عنه فى نهاية المرام: ج ١ ص ٢٤.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٧٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٦٦ ب ١٨ من أبواب المتعة ح ١ و تكملة الحديث فى ج ١٤ ص ٤٧٠ ب ٢٠ من أبواب المتعة ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٦٦ ب ١٨ من أبواب المتعة ح ٢.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٦٦- ٤٦٧ ب ١٨ من أبواب المتعة ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٤٦

و إذا جاز الاستقبال فى المتعة جاز فى الدوام، لعدم الفارق، مع تنصيص الخبر الأوّل بأنّه إذا ترك الشرط كان تزويج دوام، و لعدم الفرق بين الماضى و المستقبل فى كونهما خبرين حقيقة صالحين للإنشاء، مع عدم الدليل على اشتراط المضيّ من نصّ و غيره.

و الأقوى المنع، وفاقا للمختلف «١» و ابنى حمزة «٢» و سعيد «٣» استصحابا للعصمة، و اقتصارا على المتيقّن، و استضعافا للأخبار سندا و دلالة.

و لو قال مستفهم: زوّجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم بقصد إعادة اللفظ تقديرا و إقامة «نعم» مقامه للإنشاء لا لقصد جواب الاستفهام.

فقال الزوج: قبلت صح عند الشيخ «٤» و صاحبى الوسيلة «٥» و النافع «٦» و المصنف فى الإرشاد قطعا «٧» و هنا على إشكال من

کونه صریحا فی زوّجت و أجزائه اتفاقا، و ربّما یرشد إلیه ما مرّ من خبری أبان و عبید بن زرارة، و من الاستصحاب مع الشک فی أنّ حکم الصریح فی شیء حکمه.

و الأقوی المنع، لأنّه إنّما هو صریح فی جواب الاستفهام دون إنشاء التزویج.

و لا إشکال فی أنّه لو قصد الإخبار و هو جواب الاستفهام کذبا أو صدقا و لو بإرادة نیة التزویج أو إشرافه علیه و نحو ذلک لم ینعقد.

و یصحّ العقد اتفاقا کما فی المبسوط «٨» مع تقدیم القبول بأن یقول:

تزوّجتک أو نکحت «٩» فتقول: زوّجتک أو أنحکتک، لحصول الرکنین و عدم الدلیل علی اشتراط الترتیب، خصوصا و الإیجاب هنا من المرأة و هی تستحیی غالبا من الابتداء، و الولیّ و الوکیل فرعها، و یرشد إلیه خبرا سهل و أبان.

---

(١) مختلف الشیعة: ج ٧ ص ٨٩.

(٢) الوسیلة: ص ٢٩١.

(٣) الجامع للشرائع: ص ٤٣٧.

(٤) المبسوط: ج ٤ ص ١٩٣.

(٥) الوسیلة: ص ٢٩١.

(٦) المختصر النافع: ص ١۶٩.

(٧) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ۶.

(٨) المبسوط: ج ٤ ص ١٩٤.

(٩) فی ن: «أنکحت».

و ما قیل: من أنّ القبول إنّما هو رضا بمضمون الإیجاب، فلا معنی له مع التقدم «١» إنّما یتمّ فی لفظ «قبلت».

[و إن قیل: معنی «تزوّجت» إنشاء صیرورته زوجا، و معنی «نکحت» إنشاء صیرورته ناکحا، و لا یصیر شیئا منهما إلّا بعد تصییرها.

قلنا: بل المعنی حینئذ إنشاء جعل نفسه زوجا أو ناکحا] «٢».

و لا یصحّ بغیر العربیة مع القدرة اتفاقا منّا کما فی المبسوط «٣» و التذکرة «٤» لأنّ ألفاظ العقود متلقّاة من الشارع، مع الأصل و الاحتیاط فی الفروج. و أجازه ابن حمزة، و استحبّ العربیّة «٥» لأنّه من الألفاظ الصریحة المرادفة للعربیة. و جوابه منع الکبری لما عرفت.

و یجوز کما قطع به الأصحاب مع العجز عن العربیة و لو بالتعلّم بلا مشقة و لا فوت غرض مقصود. و ربّما قیل: و عن التوکیل و هو أولی لیقع باللفظ المتلقّی من الشارع، لکن الأصل یدفعه، و وجه الجواز دفع الحرج و الفهم من فحوی الاجتزاء بإشارة الأخرس، و عدم النص الآمر بالعربیة. و ربّما یؤیّد به قول ابن حمزة «۶» و یدفعه الأصل و الاحتیاط مع دعوی الإجماع.

و لو عجز أحدهما خاصّة تکلّم کلّ بلغته وفاقا للمبسوط «٧» و الشرائع «٨» و غیرهما، بشرط فهم کلّ مراد الآخر و لو بإخبار الثقة.

و لو عجزا عن النطق لخرس أصلیّ أو طارئ أو أحدهما، أشار بما یدلّ علی القصد للضرورة، و لفحوی ما ورد فی الطلاق «٩» و هو ممّا قطع به الأصحاب، و لو وکّلا أو أحدهما کان أحوط، و لم أجد نصّا من الأصحاب فیمن عجز للإکراه و نحوه.

---

(۱) جامع المقاصد: ج ۱۲ ص ۷۴.

(۲) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۴.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۸۲ س ۲.

(۵) الوسيلة: ص ۲۹۱.

(۶) الوسيلة: ص ۲۹۲.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۴.

(۸) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۳.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۹ ب ۱۹ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

و لا ينعقد عندنا بلفظ البيع و لا الهبة و إن جوّزناها للنبى صلّى اللّه عليه و آله و لا الصدقة و لا التمليك سواء علّقت بنفسها أو بضعها أو منافعها و لا الإجارة، ذكر المهر بلفظ المهر أو مرادفه أو لا، و لا الإباحة علّقت بنفسها أو بضعها أو منافعها و لا العارية علّقت بنفسها أو بضعها اقتصارا على القدر المتيقّن المتلقّى من الشارع فيما خالف الأصل و الاحتياط، و لتخصيص الهبة به صلّى اللّه عليه و آله بنصّ الكتاب «۱» و هو ربّما يرشد إليه فى غيرها.

و لو قال: أتزوّجنى بنتك أو قال لها: أتزوّجنى نفسك فقال أو قالت: زوّجتك لم ينعقد حتى يقبل، و كذا لو قال: إن زوّجتنى ابنتك، و كذا جئتك خاطبا راغبا فى بنتك فيقول: زوّجتك لأنّ شيئا ممّا تقدّم الإيجاب ليس قبولا، و إن قصده به لم يكن صريحا فيه.

و لا ينعقد بالكتابة للقادر على النطق مطلقا، و لا للعاجز عنه إلّا أن يضم إليها قرينة تدلّ على القصد فإنّها بدونها كالكناية «۲» لاحتمال انتفاء القصد، و أمّا معها فهى من أقوى الإشارات.

و يشترط التنجيز اتفاقا، إذ لا عقد مع التعليق، خصوصا و أمر الفروج شديد. فلو علّقه و لو بأمر متحقق كأن يقول: إن كان اليوم يوم الجمعة فقد زوّجتك لم يصحّ و إن لم يرد التعليق، لأنّه غير صريح فهو بمنزلة الكناية «۳».

و اتّحاد المجلس عرفا لطرفى العقد، بحيث يعدّ القبول جوابا للإيجاب، و إن تراخى عنه كما هو شأن العقود اللازمة. و لعلّ السر فى اشتراط اتحاد المجلس أنّه ما لم يتحقّق الطرفان جاز لكلّ منهما الإعراض، فإذا تحقّقا فى مجلس واحد لزم العقد، لعدم الإعراض ظاهرا، بخلاف ما لو تفارقا، إذ لا قرينة على عدم إعراض الموجب، فإنه أمر قلبى. و بالجملة فمع التقارن صريح، و مع الافتراق بمنزلة الكناية «۴» فكما لا يعتبر و إن قصد المراد فى العقد فكذا مع الافتراق و إن لم يعرض فى البين.

---

(۱) الأحزاب: ۵۰.

(۲) فى المطبوع: كالكتابة.

(۳) فى المطبوع: الكتابة.

(۴) فى المطبوع: الكتابة.

فلو قالت: زوّجت نفسى من فلان و هو غائب فبلغه فقبل و لو فورا لم ينعقد، و كذا لو أخّر القبول مع الحضور بحيث لا يعدّ فى

العرف مطابقا للإيجاب لتخلّل كلام أو سكوت يخرجهما عن حدّ التخاطب فى العقد اختيارا أم اضطرارا، و أمّا التأخير لابتلاع ريق و نحوه فلا يضره.

و فى المبسوط: إنّ من العامة من يستحب فى العقد خطبتين بأن يقول الولىّ مثلا: «بسم اللّه و الحمد للّه و صلّى اللّه على محمّد رسول اللّه أوصيكم بتقوى اللّه، زوجتك فلانة» فيقول الزوج: «بسم اللّه و الحمد للّه و صلّى اللّه على رسوله أوصيكم بتقوى اللّه قبلت هذه النكاح» قال: و لا أعرف ذلك لأصحابنا «١». و نحو ذلك فى الخلاف «٢» فيمكن أن لا يكون قطع بالفساد. و المصنف اقتصر فى التذكرة «٣» على نقل كلام المبسوط و أقوال العامة.

و لو أوجب ثمّ جنّ أو أغمى عليه قبل القبول بطل قبل بعد الإفاقة أو قبلها، طال الفصل أم لا، و كذا إن تقدم القبول، لبطلان العقود الجائزة بزوال العقل، و هو قبل تحقّق الطرفين جائز، بخلاف ما إذا تخلّل النوم و لم يطل الزمان، فإنّه لا يبطل العقود الجائزة.

و لو زوّجها الولىّ افتقر العقد أو الولىّ فيه اتفاقا إلى تعيينها كما لا بدّ من تعيين الزوج مطلقا إمّا بالإشارة أو بالاسم أو بالوصف الرافع للاشتراك و لو بنحو قوله: بنتى إن اتحدت، أو بالنية المتفقة منه و من القابل، و لا بد من الاتفاق فى النية فى الجميع، فلو سمى الكبرى باسم الصغرى غلطا، و قبل الزوج ناويا نكاح الصغرى، لم يصح.

فلو زوّجه إحدى ابنتيه بلا تعيين أو هذا الحمل لم يصح أما الأوّل: فظاهر، و أمّا الثانى فلأنّه و إن تعيّن بالإشارة لكنّه غير معلوم التحقّق، و لو تحقّق فلا يعلم ذكر أم أنثى أم خنثى، واحد أم متعدّد.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۵.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ۲۹۳ المسألة ۶۱.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۷۱ س ۹.

و لو كان له عدة بنات فزوّجه واحدة منهن و لم يذكر اسمها حين العقد و لا ميّزها بغير الاسم فإن لم يقصد معينة بطل كما عرفت و إن قصد صحّ إن وافقه الزوج، عالما بالموافقة لا اتفاقا، أو وكّل القصد إليه فقبل نكاح من نواها.

فإن اختلفا فى المعقود عليها أى تنازعا فيها بعد الاتفاق على صحة العقد المستلزمة لورود الطرفين على واحدة معيّنة بالنية المتفقة بينهما فإن كان الزوج قد رآهن كلّهن فالقول قول الأب، وفاقا للنهاية «١» و الشرائع «٢» و غيرهما لأنّ الظاهر أنّه و كلّ التعيين إليه فالاختلاف فى فعله فيرجع إليه لأنّه أعلم به. و لصحيح أبى عبيدة عن الباقر عليه السّلام سأله عن رجل كانت له ثلاث بنات أبكار، فزوّج واحدة منهن رجلا و لم يسمّ التى زوّج للزوج و لا للشهود، و قد كان الزوج فرض لها صداقها، فلمّا بلغ إدخالها على الزوج بلغ الرجل أنّها الكبرى من الثلاث، فقال الزوج لأبيها: إنّما تزوّجت منك الصغرى من بناتك، قال:

فقال عليه السّلام: إن كان الزوج رآهنّ كلّهنّ و لم يسمّ له واحدة منهنّ فالقول فى ذلك قول الأب «٣».

و عليه أى الأب حينئذ أن يسلّم إليه أى الزوج المنويّة بينه و بين اللّه، كما قال عليه السّلام فى هذا الخبر: و على الأب فيما بينه و بين اللّه أن يدفع إلى الزوج الجارية التى كان نوى أن يزوّجها إيّاه عند عقدة النكاح «۴».

و لو مات الأب قبل البيان أقرع لأنّه لكلّ أمر متعيّن فى نفسه مشتبه علينا.

و إن لم يكن رآهن كلّهن، رآى بعضهنّ أم لا، ادّعى هو أو الأب أو كلاهما العقد على من رآها أو غيرها كما يقتضيه الخبر بطل العقد لعدم جواز

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۱۸.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۵.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۲۲ ب ۱۵ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ۱.

(۴) نفس المصدر السابق.

التفويض هنا، إلّا فيمن رآها، و لقوله عليه السّلام في الخبر: «و إن كان الزوج لم يرهن كلّهن و لم يسمّ واحدة عند عقدة النكاح فالنكاح باطل» «۱» لا لأنّ الرؤية دليل التفويض أو عدمها دليل عدمه، فلا خروج عن مضمون الخبر كما توهّم.

و لا إشكال في الخبر من أنّه يدلّ على أنّ الرؤية كافية في الصحة و الرجوع إلى قول الأب و إن خالف ما نواه الزوج، و عدمها كاف في البطلان و إن توافقا، مع أنّ الرؤية لا مدخل لها في صحة العقد و عدمها، و لا يفيد التعيين، و لا عدمها ينافيه، و لا يفيد ما نزّله عليه المصنف و غيره، لأنّ التفويض إلى الأب إن كفى مع تولّيه القبول من غير أن يقصد معيّنة فلا فرق بين الرؤية و عدمها، فيلزم الصحة على التقديرين، و إن لم يكف بطل على التقديرين، و ذلك لأنّه لا بعد في أن يكون التفويض إلى الولي جائزا في النساء اللاتي رآهن، لأنهنّ تعيّن عنده دون من لم يرهن لكثرة الجهالة، لا أنّ الرؤية دليل على التفويض، و أنّ التفويض جائز مطلقا، على أنّه إن رآى بعضهن خاصّة كان الظاهر تعلّق نيته بمن تعلقت بها الرؤية، و إن تعدّدت فالتفويض في تعيين واحدة منهنّ، فإن ادّعى الأدب غيرهن لم يسمع منه، لظهور خلافه.

إلّا أنّ في المختلف: و التخريج بهذه «۲» الرواية: أنّ الزّوج إذا كان قد رآهن كلّهن فقد رضي بما يعقد عليه الأب منهنّ و رضي باختياره و وكّل الأمر إليه، فكان في الحقيقة وكيله و قد نوى الأب واحدة معيّنة فيصرف العقد إليها، و إن لم يكن قد رآهن كان العقد باطلا لعدم رضى الزوج بما يسمّيه الأب و يعيّنه في ضميره، و الأصل في ذلك أن يقول: إن كان الأب قد نوى واحدة بعينها و كان رؤية الزوج، لهن دليلا على الرضا بما يعيّنه صح العقد، و كان القول قول الأب فيما عيّنه، و إلّا فلا «۳».

فجعل العمدة هو التفويض و الرؤية دليلا عليه.

(۱) نفس المصدر السابق.

(۲) كذا، و الظاهر: لهذه، كما في المختلف.

(۳) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۱۹.

و أبطل ابن إدريس العقد مطلقا «۱» لعدم تعيين المعقود عليها، و طرح الخبر احتياطا للفرج.

و الجواب: أنّ التميّز حاصل على الوجه المعتبر، فإنّ الزوج ينوي قبول نكاح من نواها الأب، و هو وصف مميّز لها عمّا عداها، و أي فرق بين هذا الوصف، و الوصف بالصغرى و الكبرى و نحوهما مع عدم الرؤية.

[الركن الثاني: المحلّ]

الركن الثاني: المحلّ للعقد، أي ما يتعلّق به كالمبيع الذي يتعلّق به البيع و هو كلّ امرأة يباح العقد عليها للزوج، و هي بهذا الوجه

محلّ، و باعتبار كونها أحد طرفى العقد عاقد، كالموجر نفسه و سيأتى ذكر المحرمات إن شاء اللّه تعالى و بضدّها يتبيّن الأشياء.

[الركن الثالث: العاقد]

الثالث: العاقد و هو مفهوم شامل للموجب و القابل، شمول الكلّ لأجزائه، لكون العقد عبارة عن مجموع الإيجاب و القبول. و يمكن أن يشملهما شمول الكلّى لجزئياته، لإطلاقه على كلّ منهما لكونه جزء السبب.

و هو الزوج أو وليّه و منه الوكيل و المرأة أو وليّها و يمكن أن يكون فى التعبير عن الأوّل بالزوج، و عن الثانى بالمرأة، إيماء إلى كون الزوج قابلا، و أنّه لمّا قيل له: زوّجتك فكأنّه صار زوجا.

و كما يجوز للمرأة أن تتولّى عقدها مطلقا أو بإذن الولى على ما سيظهر فكذا لها عندنا أن تتولّى عقد غيرها زوجا أو زوجة خلافا للشافعية «٢».

و يشترط فيه أى العاقد موجبا أو قابلا لنفسه أو لغيره البلوغ و العقل و الحريّة إلّا بإذن المولى فلا يصحّ عقد الصبىّ و لا الصبيّة و إن كانا مميّزين و إن أجاز الولى أو كان أذن، و لا المجنون رجلا أو امرأة كذلك و لا السكران و إن أفاق و أجاز و إن كان الإفاقة و الإجازة بعد

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٥٧٣.

(٢) الام: ج ٥ ص ١٩.

الدخول وفاقا لابن إدريس «١» و المحقق «٢» لأنّ الإجازة لا تفيد إذا لم يتحقق العقد، و هنا لم يتحقق، فإنّه لا عقد حيث لا قصد، و لا قصد للسكران.

و الأولى فى تفسير قوله: «و إن كان بعد الدخول» أن يقال: و إن كان عدم الصحة بعد الدخول، أى الحكم كما ذكر و إن دخل بها، بل و إن مكّنته من الدخول، إلّا أنّ ما ذكرناه أوّلا موافق للنهاية «٣» و غيرها، فإنّهم فرضوا الدخول و هى سكرى.

و عمل الصدوق «٤» و الشيخ فى النهاية، و القاضى «٥» بصحيح ابن بزيع قال:

سألت أبا الحسن عليه السّلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت، فزوّجت نفسها رجلا فى سكرها ثمّ أفاقت فأنكرت ذلك ثمّ ظنت أنّه يلزمها ففزعت منه- و فى الفقيه فورعت منه «٦»- فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، إحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر، و لا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا قامت معه بعد ما أفاقت فهو رضى منها، قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟ قال: نعم «٧».

و حمله فى المختلف على ما إذا لم يبلغ بها السكر إلى حدّ عدم التحصيل «٨» و يبعده لفظ السائل. و قوله عليه السلام: «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها».

قلت: و يمكن العمل بالخبر مع القول بقضية الأصل التى هى فساد العقد، بأن يكون الزوج جاهلا بسكرها، فإنّه حينئذ و إن لم يقع نكاح فى الواقع، لكنّه لا يسمع فى حقّه قول المرأة، خصوصا بعد التمكين من الدخول و الإقامة معه، فليس عليه مفارقتها، و له إلزامها بحقوق الزوجية، و أنّها ما دامت تظن صحة نكاحها ليس عليها شيء، و الوطء الواقع فى تلك المدة بالنسبة إليه وطء صحيح شرعى،

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۷۱.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۴.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۱۷.

(۴) المقنع: ص ۱۰۲- ۱۰۳.

(۵) المهذّب: ج ۲ ص ۱۹۶.

(۶) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۴۰۹ ح ۴۴۳۰.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۲۱ ب ۱۴ من أبواب عقد النكاح، ح ۱.

(۸) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۱۵.

و بالنسبة إليها وطء شبهة و بعد ما علمت بالفساد فأحكام التزويج جائزة عليها، أي ماضية قهرا، و لكن ليس لها فيما بينها و بين اللّه حقوق الزوجية و إن كان عليها الامتناع من التمكين منها ما أمكنها، مع أنّ فيه تأمّلا.

و لا يشترط في نكاح الرشيدة الوليّ بكرا كانت أم ثيّبا، و سيأتي.

و لا الشهود في شيء من الأنكحة الدائم و المتعة [و التحليل] «۱» و الملك، خلافا للحسن «۲» في الدائم، و قد تقدّم «۳». و لندرته و ضعفه حكى الإجماع على العدم في الانتصار «۴» و الناصريات «۵» و الخلاف «۶».

و لو تآمر الكتمان لم يبطل عندنا، خلافا لمالك «۷».

و يصحّ اشتراط الخيار في الصداق فإنّه يجوز إخلاء النكاح منه، فهو أولى، إذ غايته الفسخ فيبقى بلا مهر.

و لا يصحّ اشتراطه في النكاح اتفاقا، لأنّه ليس معاوضة محضة كالبيع و نحوه، و لذا يصحّ من غير تسمية للعوض، و مع التسمية لعوض فاسد، و مع الجهل بالمعقود عليها. و لأنّ فيه شوبا من العبادة و لا خيار فيها، و لإفضائه إلى الفسخ بعد ابتذالها و هو ضرر عظيم، و لذا وجب نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول. و لعدم الحاجة إليه، لأنّه لا يقع إلّا بعد فكر و رؤية و سؤال كلّ من الزوجين عن صاحبه و المعرفة بحاله، بخلاف البيع في الأسواق بلا فكر و رؤية.

نعم وقع الخلاف في صحّة النكاح المشروط بالخيار، فالمشهور بطلانه، و قال ابن إدريس بصحته و حكى الإجماع عليها و سيأتي.

و لو ادّعى كلّ منهما أي أيّ منهما فرض الزوجية فصدّقه الآخر حكم بالعقد و توارثا و لزمهما أحكام الزوجية ظاهرا، لانحصار الحق فيهما

(۱) ليس في ن.

(۲) نقله عنه في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۰۱.

(۳) عبارة «و قد تقدم» ليس في ن.

(۴) الانتصار: ص ۱۱۸.

(۵) الناصريات: ص ۳۱۹ المسألة ۱۵۰.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۲۶۱ المسألة ۱۳.

(۷) المجموع: ج ۱۶ ص ۱۹۹.

و قد اعترفا به، خلافا لبعض العامّة، حيث اعتبر البيّنة فى البلديين «۱».

و لو كذّبه الآخر قضى على المعترف بأحكام العقد و إن حلف المنكر، لجواز إقرار العقلاء على أنفسهم خاصة إلى أن يقيم البيّنة أو يحلف اليمين المردودة، فيقضى بها عليهما، و يلزمهما فى الباطن حكم ما يعرفانه، و على الزوج التوصّل إلى إيصال المهر إليها إن تحققت الزوجية و هى منكرة، و ليس عليه النفقة لعدم التمكين، و هو من أحكام العقد، فلا إجمال فى العبارة.

و لو ادعى زوجيّة امرأة و ادعت أختها زوجيّته فإن لم يكن بيّنة حلف، دخل بها أم لا، و يحتمل إحلافها مع الدخول للظاهر، و إن ردّ اليمين حلفت يمينين على ما ادّعته و على نفى العلم بما ادّعاه، و إن أقام بينة دونها حكم له.

و الأقرب ضمّ اليمين على نفى ما ادعته وفاقا للشهيد «۲» و لصدق البيّنة مع تقدم العقد عليها، و يحتمل مع الدخول أن لا يكون لبيّنته حكم فتحلف هى، و إن أقامت دونه حكم لها مع حلفها على نفى العلم.

و إن أقاما بيّنة حكم لبيّنتها إن كان تأريخها أسبق من تاريخ بيّنته، لأنّه حينئذ فى حكم من لا بيّنة له أو كان قد دخل بها ترجيحا للظاهر، و لأنّه فى الظاهر مكذّب لبيّنته.

و إلّا بأن انتفى الدخول و اتّفقت البينتان فى التاريخ أو أطلقتا، أو تقدّم تاريخها على تاريخ بيّنتها حكم لبيّنته لرجحانها على بيّنتها بأنّها تنكر ما هو فعله، و لعلّه عقد على الأولى قبل العقد عليها و هى لا تعلم، و لا يعلم فعله إلّا من قبله. و لخبر الزهرى عن علىّ بن الحسين صلوات اللّه عليهما فى رجل ادّعى على امرأة أنّه تزوّجها بولىّ و شهود و أنكرت المرأة ذلك و أقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البيّنة أنّه تزوّجها بولىّ و شهود و لم توقّت وقتا، فكتب: أنّ البيّنة بيّنة الزوج، و لا يقبل بيّنة المرأة، لأنّ الزوج قد استحقّ بضع هذه المرأة، و تريد أختها

---

(۱) الحاوى الكبير: ج ۹ ص ۱۲۸.

(۲) اللمعة الدمشقية: ج ۵ ص ۱۳۰.

فساد النكاح، فلا تصدّق و لا تقبل بيّنتها إلّا بوقت قبل وقتها أو دخول بها «۱».

و الخبر و إن ضعف، إلّا أنّ الأصحاب عملوا به من غير خلاف يظهر، إلّا من المحقّق فى النكت «۲».

و لا إشكال فيه بأنّ الزوج منكر، فلا وجه لتقديم بيّنته، فإنّه صريح فى أنّ المرأة الأولى تنكر زوجيّته، فهو بالنسبة إليها مدّع، و لذلك تسمع بيّنته. و أمّا تقديمها فللرجحان بما عرفت، مع أنّه لا يمكن الجمع بين قضيتهما للتنافى، و لو لم تكن تلك المرأة منكرة لم يسمع بيّنته، و لم يتصوّر تعارض البيّنتين، فليحمل عليه كلام الأصحاب، فتعارضهما فى الحقيقة تعارض الزوجتين، و لما كان نكاح الاولى من فعله الذى لا يعلم إلّا من قبله لزم ترجيح بيّنته، بل نقول: إن الاولى إن أقرّت بالزوجيّة اتّجه الترجيح أيضا، لما أنّ المرأتين تكونان بمنزلة المتداعيين، و كان البيّنتين لهما، فيترجّح بيّنة الاولى بتصديق الزوج، و بأنّ له اليد على امرأة مقرّة له بالزوجيّة، و الأخرى تريد رفع يده عنها.

و الأقرب الافتقار فى قطع الدعوى إلى اليمين على التقديرين أمّا يمين الرجل فلأنّ بيّنته إنّما هى لإثبات ما ادّعاه على المرأة الاولى، و بينه و بين أختها دعوى اخرى هو فيها منكر، فلا بد من اليمين لقطع دعواها، و لا يضرّ إقامتها البيّنة، لعدم المنافاة، لإمكان سبق العقد على الاولى، و أمّا يمينها و هى على نفى العلم فلاحتمال تقدّم العقد على الاولى، و لتعارض البيّنتين فى

أنفسهما بالنظر إلى المرأتين و إن كانت هى مدّعية خاصّة، و الدخول غايته رفع مرجّح بيّنته، فيبقى التعارض إلى أن تحلف، و ليس فى ذلك خروج عن النص، إذ غايته ترجيح البيّنة، و هو لا ينافى إيجاب اليمين إلّا مع السبق فلا يمين، لأنّه يؤدّى «٣» بطلان البيّنة المقابلة.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٢۵ ب ٢٢ من أبواب عقد النكاح، ح ١.

(٢) النكت، بهامش النهاية: ج ٢ ص ٣٧٠- ٣٧١.

(٣) فى ن بدل: «فلا يمين لأنّه يؤدّى»: فإنّه لا يؤدّى إلى.

و فى انسحاب الحكم فى مثل الام و البنت إشكال من التساوى، و من الخروج عن النصّ، و هو الأقوى. و الإشكال إنّما هو فى ترجيح الدخول لبيّنتها، فإنّه خلاف الأصل، و أمّا الباقى فمع قطع النظر عن النص كذلك بلا فرق بين الأختين و غيرهما كما عرفت.

و لو ادعى زوجيّة امرأة، لم يلتفت إليه إلّا بالبيّنة، سواء عقد عليها غيره أو لا- إلّا أنّه إن لم يعقد عليها غيره، فإن أقرت حكم بالزوجية، و إن أنكرت و لم يكن له بيّنة حلفت، و إن ردّت اليمين حلف، بخلاف ما إذا عقد عليها غيره، فإن الدعوى فى حق الغير، فلا- يسمع إقرارها و لا اليمين المردودة، و لعلّه أراد بالبيّنة ما يعمّ اليمين المردودة، لكونها فى حكمها فى وجه، أو اقتصر على ما هو الأصل فى المتداعيين.

ثمّ الظاهر أنّ عدم الالتفات فى الأولى بالنسبة إلى العاقد لا بالنسبة إليها، فلو أقرّت لزمها أن لا يطالب العاقد بمهر و لا نفقة و لا قسم، إلّا أن تدّعى الشبهة الممكنة و ضمنت مهر المثل للأوّل إن قلنا بضمان البضع بالتفويت، و كذا تضمنه إن حلف اليمين المردود.

[الفصل الثانى فى الأولياء]

اشارة

الفصل الثانى فى الأولياء و فيه مطالب خمسة:

[المطلب الأوّل فى أسبابها]

الأوّل فى أسبابها و هى فى النكاح ثلاثة: إمّا القرابة أو الملك أو الحكم و فى غيره يزيد الوصاية.

أمّا القرابة: فتثبت الولاية منها بالأبوّة، و الجدودة أى الجدّية، و لم أسمعها بمعناها، و إنّما سمعتها جمعا منها أى الأبوّة لا غير.

فلا ولاية لأخ عندنا، و الأصل و الأخبار دالّة عليه، و نحو خبر أبى بصير عن الصادق عليه السّلام إنّ الّذى بيده عقدة النكاح: هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه،

و الذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها و يشترى «١». و مرسل الحسن بن على عن الرضا عليه السّلام قال: الأخ الأكبر بمنزلة

الأب «٢». يحمل على أنّ الأولى بها أن لا تخالفه إذا لم يضارّها.

و لا عمّ للأصل و الإجماع و الأخبار، و خصوص ما روى عنه عليه السّلام إنّه أبطل إنكاح قدامة بن مظعون بنت أخيه عثمان «٣».

و ما فى الصحيح عن محمّد بن الحسن الأشعرى قال: كتب بعض بنى عمّى إلى أبى جعفر عليه السلام: ما تقول فى صبية زوّجها عمّها، فلما كبرت أبت التزويج؟ فكتب بخطّه: لا تكره على ذلك، و الأمر أمرها «۴».

و لا أمّ و لا جدّ لها للأصل، و الأخبار «۵» و الإجماع. و خلاف أبى على «۶» نادر. و نحو خبر إبراهيم بن ميمون عن الصادق عليه السّلام قال: «إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر» «۷». فمع ضعفها ليس نصّا فى ولايتها، ألا ترى إلى صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام قال: لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها ليس لها مع الأب أمر، و قال: يستأمرها كلّ أحد ما عدا الأب «۸». و كذا ما روى من أمر النبىّ صلّى اللّه عليه و آله نعيم بن النجاح «۹» بأن يستأمر أمّ ابنته فى أمرها «۱۰».

و لا ولد لذلك و لا غيرهم من ذوى الأنساب قربوا أو بعدوا خلافا لبعض العامة «۱۱» فى جميع ما ذكر و إنّما تثبت الولاية للأب و الجدّ

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۳ ب ۸ من أبواب عقد النكاح، ح ۴.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۳ ب ۸ من أبواب عقد النكاح، ح ۶.

(۳) سنن الدارقطنى: ج ۳ ص ۲۳۰ ح ۳۷.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۰۷ ب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح ۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۰۷ و ۲۱۰ ب ۶ و ۷ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

(۶) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۰۷.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۴ ب ۹ من أبواب عقد النكاح، ح ۳.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۰۵ ب ۴ من أبواب النكاح و أولياء العقد ح ۳.

(۹) فى المصدر: نعيم بن عبد اللّه النحام.

(۱۰) سنن البيهقى: ج ۷ ص ۱۱۶.

(۱۱) المجموع: ج ۱۶ ص ۱۵۵.

للأب و إن علا و ليس فيه تكرار لما تقدم، فإنّ ما تقدم إنّما هو سبب الولاية، و هذا تعيين الولى، و الأوّل لا يستلزمه، مع إرادة التصريح هنا بمن علا، و لم يذكر الحسن للجدّ ولاية، و الأخبار «۱» حجّة عليه، و حصر الولاية فى كثير منها فى الأب، لأنّ الجدّ أب.

و فى التذكرة: الوجه أنّ جدّ أمّ الأب لا ولاية له مع جدّ أب الأب، و مع انفراده نظر «۲».

و هل يشترط فى ولاية الجدّ بقاء الأب؟ الأقرب لا وفاقا لابن إدريس «۳» و سعيد «۴» لاستصحاب ولايته، و كونه أقوى من الأب، لورود الأخبار بأنّهما إذا تنازعا كان أولى «۵» و حكى عليه الإجماع فى الخلاف «۶» و غيره، و لأنّ له الولاية على الأب، و فوت الأضعف لا يؤثّر فى الأقوى، و لصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السّلام: إنّ الذى بيده عقدة النكاح هو ولىّ أمرها «۷» و لا خلاف فى أنّ الجدّ ولىّ لأمرها.

و اشترطه الصدوق «۸» و الشيخ «۹» و التقى «۱۰» و سلّار «۱۱» و بنو الجنيد «۱۲» و البراج «۱۳» و زهرة «۱۴» و حمزة «۱۵» لمفهوم رواية الفضل بن عبد الملك، عن

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۷ ب ۱۱ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۸۷ س ۹.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۵۶۱.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۳۸.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۷ ب ۱۱ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۲۶۹ المسألة ۲۳.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۳ ب ۸ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

(۸) الهداية: ص ۶۸.

(۹) النهاية: ج ۲ ص ۳۱۱.

(۱۰) الكافى فى الفقه: ص ۲۹۲.

(۱۱) المراسم: ص ۱۴۸.

(۱۲) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۰۰.

(۱۳) المهذب: ج ۲ ص ۱۹۵.

(۱۴) الغنية: ص ۳۴۲.

(۱۵) الوسيلة: ص ۲۹۹.

الصادق عليه السّلام قال: إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه و كان أبوها حيّا و كان الجدّ مرضيّا جاز «۱». و هى ضعيفة سندا و دلالة، إلّا أنّ دلالة أدلّة الأوّل أيضا ضعيفة، و الأصل العدم إلّا فيما اجمع عليه، و هو عند حياة الأب.

و يثبت ولايتهما على الصغير ذكرا كان أو أنثى بكرا كان أو ثيّبا، و كذا على المجنون مطلقا و إن بلغ مجنونا.

و أمّا إن تجدّد الجنون بعد البلوغ، ففى عود ولايتهما نظر، ففى التذكرة و التحرير أنّها تعود «۲» و هو الأقرب، بل لا عود حقيقة، لأنّ ولايتهما ذاتية منوطة بإشفاقهما و تضرّرهما بما تضرّر به الولد، و هو ظاهر ما سيأتى عن قريب. و قيل:

بل وليّه الحاكم لزوال ولايتهما. و لا دليل على عودها.

و أمّا الملك فيثبت للمولى ولاية النكاح ذكرا أو أنثى، كبيرا أو صغيرا على عبده و إن كان رشيدا و على مملوكته كذلك و يأتى خلاف فى أمة المرأة.

و لا خيار لهما معه بوجه و له إجبارهما عليه فإنّه المالك لمنافعهما، و للنصوص من الكتاب «۳» و السنّة «۴» و ظاهر التذكرة الإجماع عليه «۵». و قال ابن سعيد فى الجامع: و قيل: ليس له إجباره «۶» يعنى العبد.

و ليس له إجبار من تحرّر بعضه و ليس له الاستقلال أيضا.

و للولى تزويج أمة المولّى عليه و عبده إذا كانت فيه مصلحة، خلافا لبعض العامة «۷». و لا يكون للمولّى عليه فسخ هذا النكاح بعد الكمال كسائر تصرّفاته فى أمواله.

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١٨ ب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ۴.

(٢) التحرير: ج ٢ ص ٨ س ١٨، و التذكرة: ج ٢ ص ۶٠٠ س ٢٠.

(٣) النساء: ٢۵، النحل: ٧۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٢٣ ب ١٧ من أبواب عقد النكاح.

(۵) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٨٩ س ٣٧.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴٣٨.

(٧) المغنى لابن قدامة: ج ٧ ص ٣۵٨.

و أمّا الحكم فإنّ ولايـة الحاكم تختص فى النكاح بكونها على البالغ فاسد العقل بجنون أو سـفه أو من تجدّد جنونه أو سـفه بعد بلوغه، ذكرا كان أو أنثى مع الغبطة لأنّه وليّهم فى المال، و قد قال صلّى اللّه عليه و آله:

السلطان وليّ من لا وليّ له «١». و قال الصادق عليه السّلام: الذى بيده عقدة النكاح هو وليّ أمرها «٢». و لأنّه إن كان الإمام فهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم، و إن كان الفقيه فهو نائبه، و تقيّد الولاية بالغبطة، لأنّه لا يفعل ما يقتضيه الولاية إلّا معها.

و لا ولاية له على الصغيرين للأصل، و عدم الحاجة فيهما، و فيه نظر ظاهر، فإن استند الفرق إلى الإجماع صحّ، و إلّا أشكل.

و لا على الرشيدين، و يسقط ولايته مع وجود الأب و الجدّ له أو أحدهما، إلّا إذا وجدت الحاجة إلى النكاح و لم يفعلا بمقتضى الولاية.

و لا ولاية للوصـى و إن فوّضت إليه الولاية من الموصى، وفاقا للمبسوط «٣» و الشرائع «۴» و النافع «۵» لأصالة عدم الولاية و عدم الانتقال، و انقطاع ولاية الموصى بالموت، و لعدم الفرق بينه و بين الأجنبى فى عدم التضرر بما يلحقها من عار و نحوه.

و فى الخلاف «۶» و الجامع لابن سعيد «٧»: إنّ له الولايـة إن فوّضت إليه، لأصالة الجواز بلا مانع، و عدم انقطاع ولاية الموصـى بالموت، و لـذا تنفـذ وصـيته فى المال و هو قائم مقامه، و عموم قوله «فَمَنْ بَدَّلَهُ» «٨» الآية، و نحو صـحيح محمّد بن مسلم و أبى بصير عن الباقر عليه السّلام قال: الذى بيده عقدة النكاح هو الأب و الأخ و الموصى إليه «٩».

(١) سنن ابن ماجة: ج ١ ص ۶٠۵ ح ١٨٧٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١٢ ب ٨ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ۵٩.

(۴) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٧٧.

(۵) مختصر النافع: ص ١٧٣.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ٢۵۴ المسألة ٩.

(٧) الجامع للشرائع: ص ۴٣٨.

(٨) البقرة: ١٨١.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١٣ ب ٨ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ۵.

[و خبر أبى بصير عن الصادق صلوات اللّه عليه قال: الذى بيده عقدة النكاح هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه «۱»] «۲». و لثبوت ولايته فى المال فكذا النكاح.

و للمبسوط قول آخر: بأنّ له الولاية من غير تقييد بالتفويض «۳» و نحوه فى المختلف «۴» و حجّته عين ما ذكر، لأنّ عموم الوصيّة تتناوله.

و الجواب: أنّ الآية مخصوصة بالوصية للوالدين و الأقربين إن ترك خيرا، و اشتمال الخبرين على الأخ، و معارضة الباقى بما مرّ من أدلّة الأوّل، و عدم التلازم بين ولايتى المال و النكاح، و كما يمكن جعل الأخ من الموصى إليه يمكن الحمل على استحباب إطاعتها لكلّ منه و من الموصى إليه، و يمكن حمل الموصى إليه إلى الإمام.

و يمكن التخصيص بمن بلغ فاسد العقل و هو عند المصنّف و المحقّق «۵» مستثنى كما قال: إلّا على من بلغ فاسد العقل لجنون أو سفه، فإن له ولاية تزويجه مع الحاجة للضرورة مع عدم توقع زوال العذر و خوف المرض، أو الوقوع فى الزنا، و لذا ثبتت الولاية عليه للحاكم مع عدم ثبوتها على الصغير، إلّا أنّ الولاية على السفيه بمعنى وجوب استئذانه.

و يمكن إرادة الولاية الإجبارية فيراد بفاسد العقل المجنون خاصّة.

و بالجملة فالذى يظهر من المصنّف و جماعة أنّ الولاية فى النكاح على الصغير إنّما هو للأب و الجدّ و المولى، و أمّا الأجنبى فإنّما تثبت ولايته على البالغ المحتاج إليه للشهوة حاكما كان أو غيره- إن قلنا بولاية الوصى- فى غير الصورة المستثناة، فإنّما هى ولاية الأب أو الجد انتقلت إليه كوكيلهما.

و السرّ فيه ما مرت الإشارة إليه من أنّ ولايتهم ذاتية و ولاية الغير عرضية،

---

(۱) المصدر السابق: ح ۴.

(۲) ما بين المعقوفتين من هامش المطبوع.

(۳) نسبه إليه فى المختلف ۷: ۱۲۶، و لم نعثر عليه فى المبسوط.

(۴) بل قال: و الوجه ما قاله الشيخ فى الخلاف، راجع مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۲۷.

(۵) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۷.

لكن الفرق بين ولاية الوصى على البالغ و غيره كما فعلوه مشكل، فإنّما «۱» هى ولاية الأب أو الجد انتقلت إليه، فإن صلحت للانتقال صلحت مطلقا، و إلّا لم يصلح مطلقا. و غاية ما يتصوّر أنّ الحاجة فى البالغ أشد غالبا، و هو بمجرده لا يكفى، لا سيّما و يندفع بولاية الحاكم. و أمّا من بلغ رشيدا ثمّ فسد عقله فولايته للحاكم، لزوال ولاية الوصىّ، فلا يعود بلا سبب، لأنّها عرضية.

و المحجور عليه للسفه لا يجوز له أن يتزوّج لا مستبدّا و لا بإذن الولىّ إلّا مضطرّا إليه لشهوة أو خدمة أو غيرهما فإنّه محجور عليه فى ماله، و النكاح يستلزم التصرف فى المال بالمهر و النفقة، فلا يجوز له الاستبداد به، و الولىّ لا يجوز له فعله إلّا مع الغبطة.

فإن تزوّج بنفسه أو من غير حاجة و لو بالإذن كان العقد فاسدا كسائر تصرفاته المالية. و مع الحاجة يأذن له الحاكم أو الولى، سلطانا أو غيره لما سيأتى فيه أى يجب عليه الإذن فيه بقدر الحاجة كمّا و كيفا، إلّا أن تندفع بشراء الأمة، و كان أغبط له.

و يجوز الإذن فيه مع تعيين الزوجة أو المهر و بدونه أى لا يجب عليه التعيين. و يجوز التزوّج بدونه، لأنّ الحجر عليه ليس أقوى من الحجر على المملوك، و لأنّه ليس فيه خلاف المصلحة، لأنّه إن زاد المهر عن مهر المثل بطل الزائد، و إن تزوّج امرأة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله أو يزيد عمّا يليق بحاله فسد العقد.

و قيل: لا بدّ من تعيين المهر أو الزوجة و لو من جماعة معيّنة «٢»، لأنّه مبذر، فلا يؤمن من التزويج بمن لا مصلحة له فيه، و لا يجدى فساد العقد، لأنّه بالدخول يلزمه مهر المثل مع جهلها. و لا يرد لزوم مهر المثل مع التعيين أيضا إن تعدّى المأذون فيها، لأنّه و إن كان كذلك إلّا أنّ الولى لا يكون مفرطا، و إنّما يثبت المال

---

(١) فى ن: إنّها.

(٢) حكاه فى المبسوط ۴: ۱۶۵، و لم يسمّ قائله.

عليه كثبوته بالجناية، و أيضا مع التعيين ربّما لا يجتزئ على التعدّى، و لا تقبل المرأة منه، بخلاف ما لو أطلق.

و الجواب: أنّ الإطلاق ينصرف إلى ما فيه المصلحة، و أيضا فعقد السفيه بالاستقلال إمّا فاسد، أو موقوف على الإجازة، أو صحيح مستقر، و حينئذ فعقده على مهر يزيد عن مصلحته إمّا فاسد مطلقا أو مع جهلها بالحال، و لا يفترق حال هذا العقد بالإذن و الإجازة و عدمهما و مع الفساد إمّا أن يلزمه بالدخول مهر المثل أولا، فعلى الأوّل إن سلّمنا الفساد مع انتفاء الإذن مطلقا فلا نسلّمه مع الإذن المطلق، خصوصا مع انصرافه إلى ما فيه المصلحة، و وجوب الإذن على الولى لا يوجب وجوب التعيين، و الحال على الثانى ظاهر، فإنّ الأصل عدم وجوب التعيين، و إنّما عليه أن لا يخيّر ما يخالف المصلحة بعد الوقوع، و يظهر منهما حال الباقى.

و ظاهر المبسوط التوقّف فى وجوب التعيين «١» للاقتصار على حكاية القولين.

و ليس الإذن شرطا و إن أثم بالاستقلال مع إمكان الاستئذان وفاقا للشرائع «٢» و ظاهرهما نفى الشرطية مطلقا، و هو فى التحرير «٣» و الإرشاد «۴» و التلخيص «۵» أظهر، و وجهه الأصل، و أنّه ليس فى نفسه من التصرفات المالية، فإنّ المهر غير لازم فى العقد، و النفقة تابعة كتبعية الضمان للإتلاف.

نعم، إن نكح شريفة يزيد مهر مثلها على ما فيه مصلحته، فسد العقد لذلك، لا لعدم الإذن، بل هو فاسد و لو أذن له. و يحتمل أن يكون المراد أنّه ليس شرطا مطلقا، فإنّه سيأتى احتمال استقلاله إن لم يأذن الولى و يعذر الحاكم.

و صريح الخلاف «۶» و المبسوط «٧» و التذكرة «٨» الفساد بدون الإذن، لأنّه تصرّف مالى بوجه، و الغرض من الحجر عليه حفظ ماله و هو لا يتم إلّا به،

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ۱۶۵.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٧۶.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶ س ١٣.

(۴) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٨.

(۵) لم نعثر عليه.

(۶) الخلاف: ج ٣ ص ٢٨٣ المسألة ٣.

(٧) المبسوط: ج ۴ ص ۱۶۵.

(٨) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶۱۰ س ٣۴.

و نفى عنه الخلاف فى الخلاف «١».

فإن نكح بنفسه أو بالإذن و زاد المهر عن مهر المثل صحّ العقد و بطل الزائد أذن الولى فى الزائد أم لا، أمّا بطلان الزائد فلأنّه تبرّع لا يصحّ منه، و أمّا صحة العقد فلصحته مع الخلو عن المهر، فهنا أولى، و لا سيما إذا علمت المرأة بالحال فإنّها أقدمت على ذلك. و ربّما يقال بفساد العقد، لأنّه إنّما وقع التراضى على المسمّى. و ربّما يقال بالفساد إن جهلت، لأنّها إنّما رضيت بالمسمّى فتكليفها بالعقد مع أقل منه إضرار بها.

و ولاية القرابة مقدّمة على ولاية الحاكم لأنّها ولاية خاصّة ذاتية، و للإجماع و الأخبار. و ولاية الملك مقدّمة على الجميع لتسلّط الملّاك على أملاكهم، و للنصوص من الكتاب و السنّة.

و لو اجتمع الأب و الجدّ، و اختلفا فى الاختيار، قدّم اختيار الجدّ للإجماع كما فى الانتصار «٢» و الخلاف «٣» و المبسوط «۴» و السرائر «۵»، و لأنّه كان له الولاية على الأب إذا كان صغيرا، و له الولاية عليه إن كان مجنونا أو سفيها، بل و إن طرأ الجنون أو السفه و عليه إطاعته و للأخبار، كخبر عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السّلام سأله عن ذلك، فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوّجها قبله «۶». و صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام قال: فقلت: فإن هوى أبوها رجلا و جدّها رجلا؟ فقال: الجدّ أولى بنكاحها «٧».

فإن عقدا جميعا بعد التشاح، أو لا بل مع جهل كلّ منهما باختيار الآخر قدّم السابق اتفاقا كما فى السرائر «٨» و الغنية «٩»، و ينصّ عليه الخبر المتقدم

---

(١) الخلاف: ج ٣ ص ٢٨۴ المسألة ٣.

(٢) الانتصار: ص ١٢١.

(٣) الخلاف: ج ۴ ص ٢۶٩ المسألة ٢٣.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ١٧۶.

(۵) السرائر: ج ٢ ص ۵۶١.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١٨ ب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١٧ ب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ١.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ۵۶١.

(٩) الغنية: ص ٣۴٢.

و غيره، و إن استحبّ للأب أن لا يتعدّى مختار الجدّ، كما يدلّ عليه الأولويّة.

و السابق ما تقدم قبوله فإن اقترنا قدّم عقد الجدّ اتفاقا كما فى السرائر «١» و الغنية «٢» و لصحيح هشام بن سالم، و محمّد بن حكيم عن الصادق عليه السّلام قال: إذا زوّج الأب و الجدّ كان التزويج للأوّل، فإن كانا فى حال واحدة فالجدّ أولى «٣».

و لا ولاية عندنا بالتعصيب و لا بالعتق خلافا للعامّة «۴».

[المطلب الثانى فى مسقطات الولاية]

المطلب الثانى فى مسقطات الولايۀ و هى أربعۀ:

الأوّل: الرقّ، فلا ولايـۀ للمملوك على ولده لأنّه لا يقدر على شـىء، و ليس له النكاح، فالإنكاح أولى. حرا كان الولد أو عبدا أو أمۀ للمولى أو لغيره.

و لكن لو أذن له المولى فى الإنكاح صـحّ كسائر العقود، فإنّه إنّما حجر عن الولايـۀ لحقّ المولى، و فيه نظر، لأنّه للرق غير صالح للولايۀ، و الإذن إنّما يجدى فى العقود لنفسه، و أمّا فى إثبات الولايۀ على الغير فمشكل.

نعم إن كان الولد رقا للمولى أو لغيره و قد أذن فى إنكاحه صحّ من باب الوكالۀ لا الولايۀ، و لعلّه المراد.

و كما يسقط الولايۀ عن القنّ كذا عن غيره مثل المدبّر و المكاتب و إن تحرّر بعضه لوجود العلّۀ.

و لو وكّله أى المملوك غيره فى الإيجاب أو القبول لولـده أو لغيره صحّ التوكيل و العقد بإذن السيّد فى الوكالۀ، أو فى العقد و غيره أى

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۶۱.

(۲) الغنيۀ: ص ۳۴۲.

(۳) وسائل الشيعۀ: ج ۱۴ ص ۲۱۸ ب ۱۱ من أبواب عقد النكاح، ح ۳.

(۴) المغنى لابن قدامۀ: ج ۷ ص ۳۶۰.

لا بإذنه إن لم يؤدّ إلى فوت شىء من حقوقه كسائر العقود، و هو موافق للتذكرۀ «۱» و لإطلاق الخلاف «۲» و قد سبق فى الوكالۀ اشتراط الإذن، و هو موافق للتحرير «۳» و غيره، و هو أقوى، لأنّه لا يقدر على شىء إلّا بإقدار المولى، سواء فوّت على المولى شيئا من منـافعه أم لا، لا لأنّ التلفّظ بالصـيغۀ من منافعه المملوكـۀ لمولاه، ليقال: إنّه من المنافع المعلوم إباحتها ضـرورۀ، كالاسـتظلال بحائط الغير و الاستضاءۀ بمصباحه و إلّا لم يجز تكلّمه إلّا بإذنه.

و بالجملۀ فهو لا يقدر على إحداث موجب الصيغۀ إلّا بإقدار المولى و إن قدر على التكلّم.

الثـانى: النقص عن كمال هو الرشـد أو كماله «۴» فعليته، و هو فى الإنسـان مطلقـا بـالقوۀ، إذ «۵» لا يخلو الإنسان عن رشـد غالبا بالنسـبۀ إلى غيره و خصوصا الصبى كالصبىّ و المجنون و المغمى عليه و السـكران و السفيه كما اختاره فى التذكرۀ «۶» لنقصانه. و يحتمل العدم إلّا على مملوكه.

و لو زال المانع عادت الولايۀ طال أم لا، إلّا الوصى إن قلنا بولايته.

و الفرق ما عرفت من الذاتيۀ و العرضـيۀ، و حين زوال الولايۀ يتولّى الولى الأبعد كالحاكم، و ولى المولى إن مست الحاجۀ، و لم يترقّب زوال المانع «۷» أو ترقّب بعـد طول المدّۀ بحيث يتضـرر بالانتظار إلى الزوال، و يحتمل الانتظار مطلقا إن توقّع الزوال كما يتوقّع حضور الغائب.

الثالث: الكفر إجماعا، لانتفاء السبيل، و لأنّ الإسـلام يعلو و لا يعلى عليه و هو يسلب الولايۀ على ولده أو مملوكه المسلم، صغيرا أو مجنونا أو كبيرا من السفيه، و المملوك و البكر البالغۀ إن قلنا بالولايۀ عليها

---

(۱) تذكرۀ الفقهاء: ج ۲ ص ۶۰۰ س ۱۵.

(۲) الخلاف: ج ۴ ص ۲۸۵ المسألۀ ۵۲.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۷ س ۵.

(۴) فى المطبوع: و كمال.

(۵) فى ن: أو.

(۶) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۰۰ س ۱۷.

(۷) فى ن بدل «زوال المانع»: الزوال.

ذكرا أو أنثى و إسلام الولد الصغير بأن تسلم امّه أو جدّه إن قلنا بتبعيّته له، أو أسلم فى الصغر و قلنا إنّه حينئذ بحكم المسلم.

و لا يسلب الكفر ولايته أى الولىّ عن المولّى عليه الكافر لعموم الأدلّة. خلافا لبعض العامّة «۱» و لظاهر الشرائع «۲» و التحرير «۳» و لعلّ القيد مراد.

و لو كان الجدّ مسلما تعيّنت ولايته على الكافر و المسلم دون الأب الكافر و بالعكس أمّا على المسلم فظاهر، و أمّا على الكافر فلأنّ الإسلام يعلو، و لأنّه لو انعكس أو تساويا ثبت للولىّ الكافر سبيل على الولىّ المسلم بوجه.

و فى المبسوط: إنّ الكافر إذا كان له وليّان أحدهما مسلم و الآخر كافر تعيّنت الولاية للكافر، لقوله تعالى «وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيٰاءُ بَعْضٍ» «۴» و ضعفه ظاهر.

الرابع: الإحرام، و هو يسلب الصحّة عن عبارة العقد إيجابا و قبولا و إن وكّل غيره، بالنصّ و الإجماع.

و لا يمنع من الانعقاد بشهادته أى المحرم إذ الشهادة عندنا ليست شرطا كما عرفت لكنّه فعل محرّما حيث شهده و هو محرم. و على القول بالاشتراط يفسد، لما أنّه بفعله الحرام يخرج عن العدالة، فلا تصحّ شهادته.

و لا يمنع من إذن السفيه و لا من الرجعة اتفاقا، لأنّها ليست من العقد فى شى‌ء و لا من شراء الإماء و لو للتسرّى، لا يظهر فيه خلاف.

و عن سعد بن سعد فى الصحيح عن الرضا عليه السّلام قال: سألته عن المحرم يشترى الجوارى و يبيع؟ قال: نعم «۵». و لا من الطلاق أو غيره من أقسام الفراق، و ليس ما ذكره من أحكام الإحرام هنا تكريرا لما مرّ فى الحجّ، فإنّ المذكور هناك الحرمة و عدمها، و هنا الصحّة و الفساد.

---

(۱) المجموع: ج ۱۶ ص ۱۶۱.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۸.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶ س ۳۳.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۰.

(۵) تهذيب الأحكام: ج ۵ ص ۳۳۱ ح ۱۱۳۹.

فإن زال المانع عادت ولايته اتّفاقا.

و لا تنتقل الولاية عنه إلى الحاكم أو ولىّ المحرم حالة الإحرام عندنا، سواء الإحرام الصحيح أو الفاسد، إلّا إذا طال زمان الإحرام و اشتدّت الحاجة إلى التزويج، فيحتمل الانتقال فى غير المملوك دفعا للضرر، و لا يستأذنه الحاكم، فإنّ الإذن هنا توكيل.

و لا ينتقل عندنا حال العمى فإنّه لا ينافى الولاية عندنا، خلافا لبعض العامّة «۱».

و لا حال المرض الشديد إذا بقى معه التحصيل لذلک، و إلّا انتقل إلى الولىّ الأبعد، كما استقر به فى التذكرة «٢» و الظاهر أنّه فى غير المملوک. و حكى عن الشافعى قولا بالانتقال إلى الحاكم. «٣» و فى الإغماء حكم بانتظار الإفاقة و إن طالت المدّة.

و لا حال الغيبة إلّا إذا كان مفقودا لا يعرف مكانه فينتقل إلى الأبعد لتعذر النكاح منه، فيشبه العضل، كذا فى التذكرة قال: و كذا إن عرف مكانه و كانت الغيبة إلى مسافة القصر. و استظهر العدم فيما دونها بعد التردد من أنّ التزويج حقّ لها و قد يفوت الكفؤ الراغب بالتأخير، و من أنّ الغيبة إلى المسافة القصيرة كالإقامة «۴».

و لعلّ مراده من جميع ذلک بيان حال البكر البالغة على القول بالولاية عليها، و يدلّ عليه حديث الشبه بالعضل، أو بناء جميع ما ذكره على ما يراه العامّة «۵» من ترتيب الأولياء غير الحاكم، و إلّا فالوجه ما فى المبسوط: من عدم تزويج الصغيرة عرف خبره أم لا، فإذا بلغت كان الأمر بيدها «۶». و الحكم فى المملوک أظهر.

نعم إذا اشتدّت الحاجة، و أدّى الإهمال إلى ضرر عظيم، و خصوصا فى الكبير

---

(١) المجموع: ج ١۶ ص ١۶٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٠٠ س ٢٧.

(٣) مغنى المحتاج: ج ٣ ص ١۵۴.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٠١ س ٢٠ و ٢٣.

(۵) المجموع: ج ١۶ ص ١۶٣- ١۶۴.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ١٧٩.

من المجنون أو المملوک، و لم يمكن له استئذان الولى، احتمل إنكاح الحاكم أو ولى المولى.

و لا حال الفسق «١» فإنّه لا يسلب الولاية عندنا.

[المطلب الثالث فى المولّى عليه]

المطلب الثالث فى المولّى عليه لا ولاية فى النكاح لأحد إلّا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أو رقّ إلّا أن الولاية على السفيه، إنّما هى بمعنى توقّف نكاحه على الإذن بخلاف الباقيين.

و للأب أن يزوّج المجنون الكبير و إن تجدّد جنونه بعد البلوغ كما عرفت عند الحاجة بشهوة أو خدمة أو غيرهما. و لا يزيد على واحدة إلّا إذا لم تندفع الحاجة بها، و لم يمكن أقل مؤنة من الزوجة كالأمة يشتريها، و المرأة يستأجرها للخدمة.

و له أن يزوّج من الصغير أربعا عند المصلحة، و الفرق أنّه فيه منوط بالمصلحة، و فى المجنون بالحاجة. و قيل: لا يزوّجه إلّا واحدة للمؤنة.

و أن تزوّج المجنون الصغير إذا كان فيه المصلحة، و تردّد فيه فى التحرير «٢» من عموم ما أباح للولى تزويج الصغير، و من الجنون الذى لا يباح معه التزويج إلّا مع الحاجة، و لا حاجة فى الصغير و على الأوّل ففى جواز تزويجه أربعا نظر، من الصغر، و من الجنون و إن لم يكن ذلک للحاكم لانتفاء ولايته من الصغير، قالوا: لعدم الحاجة، و هو ممنوع، فيشكل إن لم يكن إجماع، و يحتمل بناؤهم ذلک على الغالب.

و أن يزوّج المجنونـة الصـغيرة و البالغـة مجنونة أو المتجدّد جنونها بعد البلوغ. و كذا الحاكم يزوّجها «٣» إن لم يكن أب أو جد له، و الأولياء

---

(١) فى القواعد: و الفسق غير مانعة.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٨ س ١٩.

(٣) فى المطبوع: يزوّجهما.

يزوّجونها مع المصلحة و إن انتفت الحاجة، كان الولىّ حاكما أو أبا أو جدّا بكرا كانت أو ثيبا.

و الفرق بين الـذكر و الأنثى أنّ الـذكر يغرم المهر و النفقة و الأنثى تسـتفيدهما، إلّا أنّه لا يكفى فى إثبات الولاية للحاكم، فإنّه لا يملك الإجبار، و إلّا كانت له الولايـة على الصغيرة و إن لم تكن مجنونـة، و لـذا نصّ فى التـذكرة على العدم «١» و هو ظاهر ما تقدّم هنا و فى التحرير «٢» و غيره حيث أطلق نفى ولايته عن الصـغيرين، فالصواب تخصـيص الحكم هنا بالبالغة و إن لم يساعده العبارة.

و لا- يفتقر الحـاكم فى الإنكـاح إلى مشـاورة أقاربها خلافا لبعض العامّـة «٣» و لا- الحاجـة، و لكن «۴» يكفى المصـلحة فيها أى المجنونة.

و بالجملة فالحاكم لا يزوّج الذكر إلّا مع الحاجة. و يزوّج الأنثى مع المصلحة و إن لم يكن حاجة، و الفرق ما عرفت.

و السـفيه ذكرا كـان أو أنثى كمـا نصّ عليه الشـهيد «۵» و يظهر من التـذكرة حيث جعل ولايـة أمـة السـفيه لوليّه «۶» و يـدلّ عليه صحيح الفضلاء و حسنهم عن الباقر صلوات اللّه عليه قال: المرأة التى قد ملكت نفسها غير السفيهة و لا المولّى عليها أنّ تزويجها بغير ولى جائز «۷» لا يجبر على النكاح لأنّه بالغ عاقل، خلافا للمبسوط، قال: لأنّه محجور مولّى عليه «۸».

و لا يسـتقل لأنّه سـفيه لا يستقل فى التصرفات المالية لكن يتزوّج بإذن الوليّ و لا يأذن «۹» إلّا مع الحاجـة و يتقدّر بقدرها، و إن اندفعت بشراء الأمة. و كان أصلح له فى ماله لم يكن الحاجة. و حين أذن له فى امرأة معيّنة و لو

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٠٩ السطر الأخير.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶ س ٢.

(٣) المجموع: ج ١۶ ص ١۶۴.

(۴) فى القواعد بدل «و لكن»: بل.

(۵) اللمعة الدمشقية: ج ۵ ص ١١۶.

(۶) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶١٠ س ٣۴.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٠١ ب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ١.

(٨) المبسوط: ج ۴ ص ١۶۵.

(٩) فى المطبوع زيادة: للرجل.

من جماعة معيّنة لا يزيد على مهر المثل فإن زاد بطل الزائد كما عرفت.

و قد عرفت أنّ له الإطلاق فى الاذن، فنقول: إذا لم يعيّن له المرأة لم ينكح على خلاف المصلحة بأن ينكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله أو معظمه، و يحتمل أن يكون قيد نفى نكاحها بمخالفة المصلحة، فيفيد أنّه إن اقتضته المصلحة نكحها، بأن لم يوجد غيرها، أو كان شريفا لا يليق به من دونها و نحو ذلك، و إن نكحها بمهر يليق بحاله جاز قطعا.

و يحتمل الجواز مطلقا مع علمها بالحال، لأنّها بالعلم كأنّها قدمت على ما يليق به من المهر و إن سمّى الزائد.

و ظاهر قوله: و لو تزوّج بغير إذن فسد هو المطلق، و هو موافق للتذكرة «١» و الخلاف «٢» و المبسوط «٣» كما عرفته، مع دليله و حينئذ يتعيّن أن يكون مراده بقوله: «و ليس الإذن شرطا» انتفاء الشرطية من كلّ وجه، لما سيأتى من جواز الاستقلال مع تعذّر الاستئذان.

و يجوز أن يكون المراد هنا أنّه إن تزوّج شريفة كذلك بغير إذن فيها بعينها فسد، فيكون إشارة إلى أنّه مع الإذن صحيح، و ذلك إذا وافق المصلحة، أو إلى أنّه ربّما صحّ بأن يضمن الولى مهرها فى ماله كلّا أو بعضا، أو إلى أنّه لا ينبغى بالولى أن يأذن فيه، فكأنّه لا يقع إلّا بغير إذنه.

فإن وطأ و الحال فساد العقد وجب مهر المثل إن جهلت التحريم زاد على ما يليق بحاله أم لا على إشكال من استيفائه منفعة البضع، فلا يقصر عن الشبهة، و من الأصل، و أنّه لو وجب لم يبطل العقد، فإنّه إنّما يبطل لئلّا يلزمه مهر المثل، فإذا لزمه انتفى المقتضى لفساده، كما أنّه إذا اشترى شيئا بغير إذن فتلف فى يده فإنّه تضييع على البائع، و هو مختار الشيخ «۴». و يدفعه أنّ الأصل اضمحل بوطء محترم، و وجوب المهر بالخيانة لا العقد.

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦١١ س ٢١.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ٣٧٣ المسألة ١۴.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩٣.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩٣.

و فصّل القاضى بعلمها بحاله و جهلها «١» يعنى مع الجهل بالتحريم فى الحالين، و هو إنّما يتمّ إذا علمت أنّها لا تستحق المهر بالوطء، و إلّا فإنّما بذلت نفسها فى مقابلة العوض.

و لو لم يأذن له الولى فى النكاح مع الحاجة أذن له السلطان لأنّه يمنعه كأنّه مفقود، و هو ولى من لا ولى له، و للحاجة، مع عموم ولايته.

فإن تعذّر السلطان ففى صحّة استقلاله نظر من الحجر، و من الضرورة، و أنّه حقّ له استيفاؤه، فإذا تعذّر بغيره استوفاه بنفسه، و هو الأقوى وفاقا للمبسوط «٢» و التحرير «٣».

و لا يدخل تحت الحجر طلاقه فإنّه إنّما يحجر فى ماله، و البضع ليس مالا، خلافا لبعض العامة. قال فى التذكرة: و لو كان مطلاقا اشترى له جارية «۴».

و لا طلاق العبد فى المشهور، لقوله عليه السّلام: الطلاق بيد من أخذ بالساق «۵». و غيره من الأخبار، و هى كثيرة، إلّا إذا كانت زوجته أمة مولاه فالطلاق بيد المولى، للأخبار، كخبر «۶» حفص بن البخترى عن الصادق صلوات اللّه عليه قال: إذا كان للرجل أمة فزوّجها مملوكة فرّق بينهما إذا شاء، و جمع بينهما إذا شاء «٧».

و ذهب ابنا أبى عقيل و الجنيد «٨» إلى أنّه بيد المولى مطلقا، و مال إليه فى المختلف «٩» لقولهما صلوات اللّه عليهما فى صحيح

زرارة: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيّده، قال: قلت: فإنّ السيد كان زوّجه، بيد من الطلاق؟ قال:

(۱) المهذب: ج ۲ ص ۲۱۰.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۱۶۶.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶ س ۱۳.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۱۱ س ۲۵.

(۵) سنن البيهقي: ج ۷ ص ۳۶۰. و سنن ابن ماجة: ج ۱ ص ۶۷۲ ح ۲۰۸۱.

(۶) في ن: كحسن.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۱ ب ۴۵ من أبواب نكاح العبيد ح ۸.

(۸) نقله عنهما في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۷۸.

(۹) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۷۸.

بيد السيد، «ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ‌ءٍ» و الشي‌ء الطلاق «۱».

و في صحيح بكير بن أعين و بريد بن معاوية، في العبد المملوك: ليس له طلاق إلّا بإذن مولاه «۲». و قول الصادق عليه السّلام في صحيح شعيب بن يعقوب: لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلّا بإذن مولاه «۳». و قول الكاظم عليه السّلام في صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج: لا طلاق للعبد إلّا بإذن مواليه «۴».

و حملت على التزويج بأمة المولى جمعا، و للتصريح بالفرق في أخبار كخبر ليث المرادي سأل الصادق عليه السّلام عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: إن كانت أمتك فلا، إنّ اللّه عزّ و جلّ يقول «عَبْداً مَمْلُوكاً لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ‌ءٍ» و إن كانت أمة قوم آخرين أو حرّة، جاز طلاقه «۵».

و يشكل بأنّ تلك الأخبار أصح إسنادا، إلّا أن ما سوى الأوّل إنّما يدلّ على التوقّف على الإذن، و يمكن أن يكون ذلك مذهبهما.

و في الكافي «۶»: أنّ للمولى إجباره على الطلاق «۷» و هو إمّا قول ثالث، أو هو الثاني.

و لو طلب الرقيق النكاح من المولى لم يجب الإجابة عندنا، للأصل، و لأنّه ربّما تضرّر به لمنع حقوق الزوجية من بعض المنافع المملوكة له، خلافا لبعض العامّة «۸» و لا خلاف في رجحانه، لأنّه يعفّه و يكفّه عن الزنا، و فيه إرفاق به.

و أمة المرأة تزوّجها سيّدتها و لها إجبارها عليه، و كذا العبد، لأنّها

(۱) تهذيب الاحكام: ج ۷ ص ۳۴۷ ح ۱۴۱۹.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۱ ب ۴۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۷.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۶ ب ۶۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۴) المصدر السابق: ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۷ ب ۶۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

(۶) في ن: و عن أبي الصلاح.

(۷) الکافی فی الفقه: ص ۲۹۷.

(۸) المجموع: ج ۱۶ ص ۱۹۵.

كالسيّد فی التسلّط علی الملك و التصرّف فيه حسب المشيّة.

و لا يحلّ لأحد نكاحها من دون إذنها أی السيّدة سواء المتعة و الدائم علی رأی مشهور منصور بالأصل و النصوص من الكتاب «۱» و السنّة «۲».

خلافا للشيخ فی النهاية فی المتعة «۳» لرواية ابن بزيع عن الرضا صلوات اللّه عليه:

و لا بأس بأن يتمتّع الرجل بأمة امرأة بغير إذنها «۴». و خبر سيف بن عميرة تارة عن علیّ بن المغيرة «۵» و اخری عن داود بن فرقد «۶» و اخری بلا واسطة عن الصادق صلوات اللّه عليه قال: لا بأس بأن يتمتع الرجل بأمة المرأة، فأمّا أمة الرجل فلا يتمتع بها إلّا بأمره «۷». و فی خبر داود: أنّه لا بأس بأن يتزوّج.

و لمّا كانت هذه الأخبار مخالفة للأصول فلا بأس بإطراحها، علی أنّه يمكن أن يكون المراد أنّ السيّدة إذا كانت مجنونة أو سفيهة جاز لوليّها أن يزوّج أمتها من رجل، و للرجل أن يتمتع بها أو يتزوّجها أو يستمتع ببضعها من غير استبراء، بخلاف ما إذا كانت لرجل، فإنّه ربما قاربها، فلا بد من الاستبراء قبل التزويج.

و يمكن حمل ما عدا ما اشتمل علی لفظ التزوج علی أنّه إذا ملك أمة كانت لامرأة لم يكن عليه فی الاستمتاع بها استخبار مولاتها، إذ لا استبراء عليه، بخلاف ما إذا كانت لرجل.

[و قد يقرّب الحلّ بلزوم الحرج عليها لو لم يحل، فإنّ مولاتها لا تطأها، و قد لا تزوّجها من أحد، و بأنّ الحرمة مبنيّة علی التصرف فی مال الغير بغير إذنه، و الأمة عينها و منافعها مملوكة لمالكها إلّا البضع إذا ملكتها امرأة، إذ لا يمكنها

---

(۱) النساء: ۲۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۳ ب ۱۵ من أبواب المتعة.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۷۶.

(۴) لم نقف علی رواية عن ابن بزيع بالمتن المذكور، بل ما أورده فی الوسائل (ج ۱۴ ص ۴۶۴ ب ۱۶ من أبواب المتعة، ح ۱) صريح فی اعتبار إذن أهلها.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۳ ب ۱۴ من أبواب المتعة، ح ۲ و ۳ و ۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۳ ب ۱۴ من أبواب المتعة، ح ۲ و ۳ و ۱.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۳ ب ۱۴ من أبواب المتعة، ح ۲ و ۳ و ۱.

الانتفاع به، و فيه أنّه و إن لم يمكنها الانتفاع بنفسها فيمكنها تمليكه الغير] «۱».

و لا يكفی سكوت البكر فی حقّ أمتها إذا أريد تزويجها، و لا يمكن أن يحمل عليه هذه الأخبار، للأصل و النصّ الناطق بتوقّف النكاح علی الإذن «۲» و عدم منع الحياء من النطق هنا. و يكفی فی حقّها فی المشهور، للنصوص و الحياء، خلافا لابن إدريس، إلّا إذا لم يكن للسكوت وجه إلّا الرضا «۳». و احتيط فی المبسوط فی الاستنطاق «۴».

و البكر من لم يزل بكارتها بالوطء، زالت بغيره أم لا، و فی الموطوءة فی الدبر وجهان، اختار النطق فی التذكرة لزوال الحياء «۵»

و للشكّ فى بكارتها، فإنّ البكر من لم تمسّ.

و الأقرب استقلال المعتقة فى المرض بالتزويج ما دام المولى حيّا، لأنّها الآن ملك له جائز فيها تصرفه بالعتق و غيره، فإذا أعتقها فإن لم تصر حرّة فى الظاهر فقد أذن لها فى أن تفعل ما شاءت و منه النكاح، على أنّه يمكن برء المولى، أو اجازة الوارث، أو خروجها من الثلث فيستقرّ العتق، على أنّ المعهود تغليب الحريّة.

و بالجملة فإنّما هى كانت ملك للمولى، و الحجر عليها من جهته، و قد زال، و المانع المتجدّد مشكوك الوقوع، بل الأصل عدمه، لكون الأصل بقاء الحياة و غلبة الحريّة، و أن لا يرجع الحرّ رقيقا.

فإن مات المولى و رجعت كلّها أو بعضها رقّا بطل العقد أى انكشف فساده، لأنّ الموت كشف عن أنّ العتق بمنزلة الوصية به و لم يتم الّا أن يجيز المولى أى يكون قد أجاز عقدها و هو حى، فإنّه لا يقصر عن تزويج رقيقه.

---

(۱) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۳ ب ۱۵ من أبواب المتعة.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۵۶۹.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۳.

(۵) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۸۷ س ۴۲.

و دليل الخلاف- أى بطلان الاستقلال ابتداء و هو مختار التذكرة «۱»- أنّه فرع الحرية، و هى مشروطة بالإبراء و الإجازة، أو الخروج من الثلث، فما لم يتحقق أحدهما لم يتحقق.

و الجواب: أنّه فرع الحرية فى الظاهر، و لا يشترط بشىء منها، فإنّه الأصل، و إنّما يرتفع بتحقق الحجر، و هو غير متحقّق هنا، و لا ينافيه تزلزل العقد و انكشاف فساده إن رجعت رقّا.

و لا ولاية لأحد على البالغ الرشيد الحرّ إجماعا منّا و من العامّة و لا على البالغة الرشيدة الحرّة و إن كانت بكرا على الأصح فى المنقطع و الدائم وفاقا للمفيد فى كتاب أحكام النساء «۲» و ابن إدريس «۳» و المحقّق «۴» و المرتضى [و حكى عليه الإجماع] «۵» فى الانتصار و الناصريات «۶» للأصل، و عموم الآيات كقوله تعالى «فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِی أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» «۷» «فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ [فَإِنْ طَلَّقَها] فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يَتَراجَعا» «۸». فإنّ المراد التراجع بالعقد، و إلّا فالرجعة فى العدة إنّما هى من فعل الزوج «فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ» «۹».

و يشترك الجميع فى الضعف، من أنّ النسبة كما تصح مع الاستقلال تصح بدونه، و «المعروف» فى الأولى ربما صرفها عن الإطلاق و الباقية فى المعتدة فلا يكون بكرا. و للإجماع كما ادعاه المرتضى «۱۰» و هو ممنوع فى محل الخلاف.

و للاجماع على زوال الولاية عنها فى المال فيزول فى النكاح، و هو مع أنّه قياس

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۹۲ س ۱۶.

(۲) أحكام النساء (مصنفات الشيخ المفيد): ج ۹ ص ۳۶.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۵۶۲.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۶.

(۵) لم يرد فى المطبوع.

(۶) الانتصار: ص ۱۲۲، الناصريّات ص ۳۲۰، المسألة ۱۵۰.

(۷) البقرة: ۲۴۰.

(۸) البقرة: ۲۳۰.

(۹) البقرة: ۲۳۲.

(۱۰) الانتصار: ص ۱۲۲.

فالفارق ظاهر، فإنّ أمر النكاح شديد بالنسبة إلى المرأة، خصوصا البكر «۱» التى لم تختبر الرجال. و للإجماع على زوال الولاية عنها فى المنقطع، و هو ممنوع، لما ستعرفه من الخلاف، مع أنّ النكاح الدائم أشد.

و للأخبار، كصحيح الفضلاء و حسنهم عن الباقر عليه السلام قال: المرأة التى قد ملكت نفسها غير السفيهة و لا المولّى عليها أنّ تزويجها بغير ولىّ جائز «۲». و صحيح منصور بن حازم عنه عليه السّلام قال: تستأمر البكر و غيرها، و لا تنكح إلّا بأمرها «۳».

و خبر زرارة عنه عليه السّلام قال: إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع و تشترى و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت، فإنّ أمرها جائز، تزوّجت إن شاءت بغير إذن وليّها، و إن لم يكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليّها «۴». و خبر سعدان بن مسلم عن الصادق عليه السّلام قال: لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير اذن وليّها «۵».

و خبر أبى مريم عنه عليه السّلام قال: الجارية البكر التى لها أب لا تتزوج إلّا بإذن أبيها، و قال: إذا كانت مالكة لأمرها تزوّجت من شاءت «۶». و خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عنه عليه السّلام قال: تزوّج المرأة من شاءت إذا كانت مالكة لأمرها، فإن شاءت جعلت وليّا «۷».

و خبر ابن عباس عنه عليه السّلام قال: الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها، و البكر يستأذن فى نفسها، و اذنها صماتها «۸». و خبره: إنّ جارية بكرا جاءت إليه صلّى اللّه عليه و آله فقالت:

إنّ أبى زوّجنى من ابن أخ له ليرفع خسيسته و أنا له كارهة، فقال صلّى اللّه عليه و آله: أجيزى

---

(۱) فى المطبوع بدل «البكر»: المرأة.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۰۱ ب ۳ من أبواب عقد النكاح، ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۴ ب ۹ من أبواب عقد النكاح، ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۵ ب ۹ من أبواب عقد النكاح، ح ۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۴ ب ۹ من أبواب عقد النكاح، ح ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۰۵ ب ۴ من أبواب عقد النكاح، ح ۲.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۰۳ ب ۳ من أبواب عقد النكاح، ح ۸.

(۸) سنن البيهقى: ج ۷ ص ۱۱۸.

ما صنع أبوك، فقالت: لا رغبة لى فيما صنع أبى، قال: فاذهبى فانكحى من شئت، فقالت: لا رغبة لى عمّا صنع أبى، و لكن أردت أن أعلم النساء أنّ ليس للآباء فى أمور بناتهم شى‌ء «۱».

و فيه: أنّها ضعيفة دلالة أو سندا أو كليهما، لمنع كون البكر مالكة أمرها، غير مولّى عليها، فهو أوّل المسألة، و جواز كون «تستأمر» فى خبر منصور للفاعل فيكون دليل الخلاف. و خبر سعدان إنّما نفى البأس عن التزويج، و ظاهره أنّها إذا وكّلت من يزوّجها من رجل لم يكن على الوكيل أن يستأذن الولى، و الأمر كذلك.

و الأخيران إنّما ينفيان استقلال الولى، و لذلك قال فى المبسوط: و لست أعرف به نصا «٢» و اختار الصدوق «٣» و الشيخ «۴» و جماعة ثبوت الولاية عليها، للأخبار و هى كثيرة جدّا، و لا داعى إلى حملها على الكراهة، أو الصغيرة، أو غير الرشيدة، لما عرفت من ضعف المعارض، و لاستصحاب ما كان قبل البلوغ، و هو يدفع الأصل الذى استند إليه الأولون، و يؤيّده الحكمة، لضعف رأيها، و انتفاء خبرتها بحال الرجل، فلو استقلّت وقعت غالبا فى الضرر عليها و على أهلها.

و شرّك المفيد فى المقنعة «۵» و الحلبيان «۶» بينهما، أى لا يصح إلّا برضاها و رضى الولى جميعا، لكن المفيد لم يذكر إلّا الأب، و الآخران ذكرا الجدّ أيضا، للجمع بين الأدلّة.

و خبر صفوان قال: استفتى عبد الرحمن الكاظم عليه السّلام فى تزويج ابنته لابن أخيه، فقال: افعل، و يكون ذلك برضاها، فإنّ لها فى نفسها نصيبا. و استشاره عليه السّلام خالد بن داود فى تزويج ابنته على بن جعفر فقال: افعل، و يكون ذلك برضاها، فإنّ لها فى نفسها حظّا «٧».

---

(١) سنن ابن ماجة: ج ١ ص ۶٠٢ ح ١٨٧۴.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ١۶٣.

(٣) الهداية: ص ۶٨.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ١۶٢.

(۵) المقنعة: ص ۵١١.

(۶) الكافى فى الفقه: ص ٢٩٢، و الغنية: ص ٣۴٣.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١۴ ب ٩ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.

و فيه: أنّ هذا الكلام كما يصحّ عند التشريك يصحّ عند استقلالها، و يمكن حمله على استحباب استئذانها للمعارضة بحجج القول الثانى.

و ذهب الشيخ فى كتابى الأخبار إلى ثبوت الولاية عليها فى الدائم خاصّة «١» للجمع، و هو لا ينحصر فيه، و لأنّ الدائم أشد. و يعارضه أنّ فى المتعة من الغضاضة ما ليست فى الدائم، و لقول الصادق عليه السّلام- و قد سئل عن المتعة بالبكر مع أبويها-: لا بأس، و لا أقول كما يقول هؤلاء الأقشاب «٢». و لا دلالة له بوجه.

و لخبر أبى سعيد عن الحلبى قال: سألته عن المتعة بالبكر بلا إذن أبويها، قال: لا بأس «٣». و هو مع الإضمار معارض بصحيح أبى مريم عن الصادق عليه السّلام: العذراء التى لها أب لا تزوّج متعة إلّا بإذن أبيها «۴».

و لرواية أبى سعيد عمّن رواه قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام: جارية بكر بين أبويها تدعونى إلى نفسها سرّا من أبويها أ فأفعل ذلك؟ قال: نعم، و اتّق موضع الفرج، قال: قلت: فإن رضيت بذلك، قال: و إن رضيت فإنّه عار على الأبكار «۵».

و رواية إبراهيم بن محرز الخثعمى عن محمّد بن مسلم قال: سألته عن الجارية يتمتع منها الرجل؟ قال: نعم، إلّا أن تكون صبية

تخدع، قال: قلت:

أصلحك اللّه فكم الحدّ الذى إذا بلغته لم تخدع؟ قال: بنت عشر سنين «۶».

فإنّ حديث الخدعة يدلّ على أنّه بغير إذن، كما أنّ حديث العار فيما قبلها يدلّ على إرادة المتعة، و هما مع ضعفهما ليستا نصّين على المقصود، لاحتمال أن يكون العار للاستتار من الأبوين و إن كان بالدوام. و الثانية يحتمل أن يكون فيمن لا ولىّ لها.

---

(۱) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۸۰ ذيل الحديث ۱۵۳۸، و الاستبصار: ج ۳ ص ۲۳۶ ذيل الحديث ۸۵۰.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۸ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۹ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۹.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۹ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۱۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۸ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۷.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۱ ب ۱۲ من أبواب المتعة ح ۴.

و حكى قول خامس هو العكس لما فى المتعة من الغضاضة كما نطقت به الأخبار، كخبر ابن البخترى عن الصادق عليه السّلام: فى الرجل يتزوّج البكر متعة، قال:

يكره للعيب على أهلها «۱».

و سأل أبو الحسن الأيادى الحسين بن روح: لم كره المتعة بالبكر؟ فقال: قال النبى صلّى اللّه عليه و آله: الحياء من الإيمان، و الشروط بينك و بينها، فإذا حملتها على أن تنعم فقد خرجت عن الحياء و زال الإيمان، فقال له: فإن فعل ذلك فهو زان؟ قال: لا «۲».

و لأنّ الدائم هو المتبادر من التزويج و النكاح، فما دلّ على استقلالها فيه إنّما يدلّ عليه فى الدائم، و تبقى المتعة على أصلها من استصحاب الولاية. و لخبر أبى مريم «۳» المتقدم، و خبر المهلب الدلال، أنّه كتب إلى أبى الحسن عليه السّلام: إنّ امرأة كانت معى فى الدار، ثمّ إنّها زوّجتنى نفسها و أشهدت اللّه و ملائكته على ذلك، ثمّ إنّ أباها زوّجها من رجل آخر، فما تقول؟ فكتب عليه السّلام: التزويج الدائم لا يكون إلّا بولى و شاهدين، و لا يكون تزويج متعة ببكر، استر على نفسك و اكتم رحمك اللّه «۴».

و على ما اختاره المصنف، و على التشريك أيضا لو زوّجها أبوها أو جدّها بغير اذنها وقف على إجازتها كالأجنبى، لكن على المختار يستحب لها أن لا تستقل من دونهما بالنكاح للأخبار «۵» و لوجوب رعايتهما و التأدّب معهما، و لأنّهما أخبر بالناس و أبصر بالأمور، و على التشريك لا يجوز لها الاستقلال.

و يستحب لها أن توكّل أخاها مع عدمهما لأنّه بمنزلتهما فى الشفقة، و التضرّر بما يلحقها من العار و الضرر، و فى الخبرة و البصيرة، و لدخوله

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۹ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۱۰.

(۲) بحار الأنوار: ج ۵۱ ص ۳۵۸ ح ۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۹ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۱۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۹ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۱۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۴ ب ۹ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۸۲

فى «من بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ» فى الأخبار كما عرفت. أن تخلد إلى أكبر الإخوة إن لم يرجّح عليه غيره بالخبرة و البصيرة و الشفقة، أو كمال العقل و الصلاح، لأنّه بمنزلة الأب كما نطق به ما تقدّم من الخبر و أن تتخيّر خيرته لو اختلفوا و لم يرجّح عليها خيرة الغير لذلك و لما سيأتى.

و لو عضلها أى البكر البالغة الرشيدة الولى، و هو أن لا- يزوّجها بالأكفاء مع وجودهم و رغبتها فيهم استقلّت إجماعا منّا، سواء طلبت بمهر المثل أو انقص، فإنّه حقّها، و لا اعتراض للولى عليها فى إسقاطها كلّه، فالبعض أولى، و عند العامّة يزوّجها الحاكم، و لا عضل بالمنع من غير الكف «۱».

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌۷، ص: ۸۲

[المطلب الرابع فى الكفاءة]

المطلب الرابع فى الكفاءة و دخوله فى فصل الأولياء، لأنّ الغالب أنّ التزويج فعلهم و عليهم التزويج بالأكفاء، و كان الأولى إفراد فصل لها أو إدخالها فى الفصل الثانى، لأنّها من أحوال المعقود له و المعقود عليه.

الكفاءة بالفتح و المدّ معتبرة فى النكاح فى طرف الزوج إجماعا.

فليس للمرأة و لا- للولى لها التزويج بغير كفء و أمّا فى الزوجة فخلاف يظهر، و فى التذكرة: انّها غير معتبرة عندنا «۲» و هى المساواة.

و المراد بها التساوى فى الإسلام و هو الإقرار بالشهادتين و الإيمان و هو الإقرار بالأئمة عليهم السّلام وفاقا للشيخ فى النهاية «۳» و بنى حمزة «۴» و إدريس «۵» و البراج «۶» و لم يكتف بالإيمان لأنّه ربّما يطلق على الإسلام.

فلا يصح تزويج المسلمة المؤمنة إلّا بمثلها إجماعا كما فى

---

(۱) المجموع: ج ۱۶ ص ۱۸۵- ۱۸۶، و المغنى لابن قدامة: ج ۷ ص ۳۶۸.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۰۷ س ۵.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۰۸.

(۴) الوسيلة: ص ۲۹۰.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۷.

(۶) المهذب: ج ۲ ص ۱۸۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۸۳

الخلاف «۱» و الغنیة «۲» و لقوله علیه السّلام حین أمر بتزویج الأبکار من الأکفاء: المؤمنون بعضهم أکفاء بعض «۳». و فیه مع الإرسال أن الإیمان فی الأخبار النبویّة مرادف للإسلام، فإنّه بالمعنی الخاص اصطلاح جدید. و لقوله صلّی اللّه علیه و آله: إذا جاءکم من ترضون خلقه و دینه فزوّجوه «۴». و ذکر الخلق یدفع الاحتجاج به. و لخبر الفضیل ابن یسار قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: إنّ لامرأتی أختا عارفة علی رأینا، و لیس علی رأینا بالبصرة إلّا قلیل أ فأزوّجها ممّن لا یری رأیها؟ قال: لا، و لا نعمة، لأنّ اللّه عزّ و جلّ یقول «فَلٰا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَی الْکُفّٰارِ لٰا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَ لٰا هُمْ یَحِلُّونَ لَهُنَّ» «۵». و قوله علیه السّلام لفضیل أیضا: إنّ العارفة لا توضع إلّا عند عارف «۶». و لأبی بصیر و زرارة: تزوّجوا فی الشکاک و لا تزوّجوهم، لأنّ المرأة تأخذ من دین زوجها و یقهرها علی دینه «۷». و لابن سنان فی صحیح: لا یتزوّج المؤمن الناصبة، و لا یتزوّج الناصب مؤمنة، و لا یتزوّج المستضعف مؤمنة «۸».

و یرد علی الجمیع أنّ غایتها التحریم دون الفساد.

و اکتفی المفید «۹» و ابنا سعید «۱۰» بالإسلام، لما مرّ من الخبر النبوی، لما عرفت من مرادفة الإیمان للإسلام. و لصحیح ابن سنان قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام بم یکون الرجل مسلما یحلّ مناکحته و موارثته و بما یحرم دمه؟ فقال: یحرم دمه بالإسلام إذا أظهر، و یحلّ مناکحته و موارثته «۱۱». و لخبر الفضیل بن یسار عن

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۲۷۱ المسألة ۲۷.

(۲) الغنیة: ص ۳۴۳.

(۳) تهذیب الأحکام: ج ۷ ص ۳۹۸ ح ۱۵۸۸.

(۴) تهذیب الأحکام: ج ۷ ص ۳۹۴ ح ۱۵۷۸.

(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۴۲۴ ب ۱۰ من أبواب ما یحرم بالکفر و نحوه ح ۴.

(۶) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۴۲۴ ب ۱۰ من أبواب ما یحرم بالکفر و نحوه ذیل الحدیث ۵.

(۷) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۴۲۸ ب ۱۱ من أبواب ما یحرم بالکفر و نحوه ح ۲.

(۸) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۴۲۴ ب ۱۰ من أبواب ما یحرم بالکفر و نحوه ح ۶.

(۹) المقنعة: ص ۵۱۲.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۹۹، و الجامع للشرائع: ص ۴۳۲.

(۱۱) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۴۲۷ ب ۱۰ من أبواب ما یحرم بالکفر و نحوه ح ۱۷.

الباقر علیه السّلام سأله عن المرأة العارفة أزوّجها الرجل غیر الناصب و لا العارف؟ قال:

غیره أحبّ إلیّ منه «۱».

و کره ابن حمزة التزویج بالمستضعف المخالف إلّا لضرورة «۲».

و یجوز للمؤمن أن یتزوّج بمن شاء من المسلمات و إن لم تکن مؤمنة، للأصل، و الأخبار، و لا نعرف فیه خلافا، و یخرج بالإسلام الفرق المحکوم بکفرها من الغلاة و النواصب.

و لیس له أن یتزوّج بکافرة حربیّة إجماعا من المسلمین.

و فی الکتابیة خلاف علی خمسة أقوال أقربه أی أقرب الخلاف أی «۳» الأقوال المتخالفة، أو الأقرب فی الخلاف أی موضعه، أو

فى المقام أى المسألة جواز المتعة خاصّة وفاقا للشيخين فى المسائل العزّية و الخلاف «۴» و التبيان «۵» و المبسوط «۶» و للحلبيّين «۷» و سلّار «۸» جمعا بين قوله تعالى «وَ لا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكاتِ حَتّى يُؤْمِنَّ» «۹» «وَ لا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ» «۱۰» و قوله: «وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» «۱۱» و يؤيّده قوله «إِذا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» «۱۲» فإنّ الظاهر من الأجور مهور المتعة لما فى الأخبار: إنّهن مستأجرات» «۱۳» و الأخبار الناصّة بالتمتّع بهنّ و هى كثيرة.

و فيه: أنّه لا حاجة فى الجمع إلى الحمل على المتعة، بل هو حاصل بالتخصيص، و الأجور لا يتعيّن فى مهر المتعة فقد أطلق على مهر الدائمة، و فى

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۳۱ ب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ۱۱.

(۲) الوسيلة: ص ۲۹۱.

(۳) فى ن بدل «أى»: أو.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۳۱۲ المسألة ۸۴.

(۵) التبيان: ج ۳ ص ۴۴۶.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۲۱۰.

(۷) فى ن: لأبى الصلاح و سلّار و ابن زهرة.

(۸) الكافى فى الفقه: ۲۹۹، الغنية: ص ۳۴۰، المراسم: ۱۴۸.

(۹) البقرة: ۲۲۱.

(۱۰) الممتحنة: ۱۰.

(۱۱) المائدة: ۵.

(۱۲) المائدة: ۵.

(۱۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۴۶ ب ۴ من أبواب المتعة ح ۲.

الأخبار ما ينطق بالتزوّج مطلقا كما سيظهر من الأكثر الإجماع على جواز المتعة، و عبارة المبسوط «۱» صريحة فيه.

و قوله: «خاصّة» يعنى به حرمة الدوام كما يقتضيه سوق الكلام لا الوطء بملك اليمين، فسيأتى جوازه، بل لا نعرف قائلا بجواز المتعة دون ملك اليمين.

و ذهب الصدوقان «۲» و الحسن «۳» إلى جواز نكاحهن مطلقا، لقوله:

«وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتابَ» «۴» لما عرفت من عدم معارضته بالآيتين الأخريين، و للأصل، و الأخبار و هى كثيرة، كصحيح معاوية بن وهب و غيره عن الصادق عليه السّلام فى الرجل المؤمن يتزوّج اليهودية و النصرانية، قال: إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية و النصرانية؟ فقلت له: يكون له فيها الهوى، فقال: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و اعلم أنّ عليه فى دينه غضاضة «۵». و لا داعى إلى حملها على المتعة أو التقية.

و ذهب أبو على إلى الحرمة مطلقا اختيارا، و الجواز مطلقا اضطرارا «۶» و هو طريق آخر للجمع، و يؤيّده الاحتياط، و بعض الأخبار كخبر محمّد بن مسلم بطريقين عن الباقر عليه السّلام قال: لا ينبغى للمسلم أن يتزوّج يهودية و لا نصرانيّة و هو يجد مسلمة حرّة أو أمة «۷». و فيه: أنّ ظاهر «لا ينبغى» الكراهة، و المعارضة بظاهر الآية «۸» و بأخبار صريحة فى الجواز اختيارا، و هى

كثيرة، منها: خبر معاوية الذى سمعته الآن.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢١٠.

(٢) المقنع: ص ١٠٢، و حكاه عن على بن بابويه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٧٣.

(٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٧٣.

(۴) المائدة: ۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴١٢ ب ٢ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ١.

(۶) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٧۴.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴١٢ ب ٢ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ٢.

(٨) المائدة: ۵.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ٨۶

و ذهب الشيخ فى النهاية «١» و كتابى الأخبار «٢» و ابنا حمزة «٣» و البرّاج «۴» إلى جواز التمتع مطلقا و الدوام ضرورة، و هو طريق آخر للجمع لا حاجة إليه، و يأبى عنه ألفاظ الأخبار و ظاهر الآية، و لذا لم يحتمله فى التبيان «۵».

و ذهب المرتضى «۶» و المفيد «٧» و ابن إدريس «٨» إلى حرمة النكاح مطلقا للإجماع كما ادّعاه المرتضى «٩» و للآيتين «١٠» و كثير من الأخبار «١١» و لا يعارضها الآية الثالثة «١٢» لما فى بعض الأخبار من أنّها منسوخة بالأولى «١٣» و فى بعضها نسخها بالأخرى «١۴»، و لاحتمال إرادة المسلمات اللاتى كنّ من الكتابيات، و الأخبار المجوّزة محمولة إمّا على مثل ذلك أو التقية أو على المستضعفات منهن، كما احتمله الشيخ فى كتابى الأخبار «١۵» لقول الباقر عليه السّلام لزرارة: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهوديّة و لا نصرانيّة، إنّما يحلّ منهنّ نكاح البله «١۶». و فيه أنّ حمل الآية على من كانت كتابية ثم آمنت خلاف الظاهر.

نعم، لا يبعد الحمل على الاستدامة، لكن لا داعى إليه مع أصل الإباحة، و لا يثبت النسخ بخبر الواحد، مع أنّ الآية من المائدة. و قد روى العياشى بسنده عن

---

(١) النهاية: ج ٢ ص ٢٩٩.

(٢) الاستبصار: ج ٣ ص ١٨٠ ذيل الحديث ۶۵۵ و ذيل الحديث ۶۵٣، و تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٢٩٩ ذيل الحديث ١٢۵١ و ذيل الحديث ١٢۴٩.

(٣) الوسيلة: ص ٢٩٠.

(۴) المهذب: ج ٢ ص ١٨٧ و ٢۴١.

(۵) التبيان: ج ٣ ص ۴۴۶.

(۶) الانتصار: ص ١١٧.

(٧) المقنعة: ص ۵٠٠.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ۵۴١.

(٩) الانتصار: ص ١١٧.

(١٠) البقرة: ٢٢١، و الممتحنة: ١٠.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۱۰ ب ۱ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه.

(۱۲) المائدة: ۵.

(۱۳) الممتحنة: ۱۰.

(۱۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۱۰ و ۴۱۱ ب ۱ من أبواب ما يحرّم بالكفر و نحوه ح ۱ و ۳ و ۷.

(۱۵) الاستبصار: ج ۳ ص ۱۸۰ ذيل الحديث ۶۵۲، و تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۹۸ ذيل الحديث ۱۲۴۸.

(۱۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۱۴ ب ۳ من أبواب ما يحرّم بالكفر و نحوه ح ۱.

أمير المؤمنين عليه السّلام قال: كان آخر ما نزل عليه صلّى اللّه عليه و آله سورة المائدة نسخت ما قبلها و لم ينسخها شيء «۱».

و حينئذ يضعف الداعي إلى حمل الأخبار على التقيّة أو المستضعفات و اتّفقت الأصحاب و نطقت الأخبار بأنّ له إذا أسلم عن كتابيّات استصحاب عقدهن كان الزوج كتابيّا أم لا دون الحربيّات إلّا أنّه إن دخل بهن يتربّص إلى انقضاء العدّة، فإن أسلمن قبله كان له استصحابهنّ.

و المجوسيّة كتابيّة لمرسل أبي يحيى الواسطي عن الصادق عليه السّلام قال:

سئل عن المجوس أ كان لهم نبيّ؟ فقال: نعم، أما بلغك كتاب رسول اللّه إلى أهل مكة إن أسلموا و إلّا فأذنوا بحرب، فكتبوا إلى النبي صلّى اللّه عليه و آله: أن خذ منّا الجزية و دعنا على عبادة الأوثان، فكتب إليهم النبي صلّى اللّه عليه و آله: إنّي لست آخذ الجزية إلّا من أهل الكتاب فكتبوا إليه- يريدون تكذيبه-: زعمت أنّك لا تأخذ الجزية إلّا من أهل الكتاب ثمّ أخذت الجزية من مجوس هجر، فكتب إليهم النبي صلّى اللّه عليه و آله: انّ المجوس كان لهم نبي فقتلوه و كتاب أحرقوه، أتاهم نبيّهم بكتابهم في اثني عشر ألف جلد ثور «۲».

و إذا كانت كتابيّة جاز التمتّع بها و استصحابها وفاقا للشيخ في النهاية «۳» و القاضي «۴» للدخول في الآية، و يؤيّده قوله عليه السّلام: سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب «۵» و قول الصادق عليه السّلام لمنصور الصيقل: لا بأس بالرجل أن يتمتّع بالمجوسيّة «۶» و نحوه قول الرضا عليه السّلام لمحمّد بن سنان «۷».

و الخبر الأوّل عامّي، و انضمّ إليه في بعض الطرق قوله عليه السّلام: غير ناكحي

---

(۱) تفسير العيّاشي: ج ۱ ص ۲۸۸ ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۱ ص ۹۶ ب ۴۹ من أبواب جهاد العدو ح ۱.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۷۵.

(۴) المهذب: ج ۲ ص ۱۸۷.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۱ ص ۹۷ ب ۴۹ من أبواب جهاد العدو ح ۵.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۲ ب ۱۳ من أبواب المتعة ح ۵.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۲ ب ۱۳ من أبواب المتعة ح ۴.

نسائهم و لا آكلي ذبائحهم «۱». و الآخران ضعيفان معارضان بخبر محمّد بن سنان عن إسماعيل بن سعد الأشعري قال: سألته عن التمتّع باليهوديّة و النصرانيّة، قال:

لا أرى بذلك بأسا، قلت: فالمجوسية، قال: أمّا المجوسيّة فلا «٢». و صحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام قال: سألته عن الرجل المسلم يتزوّج المجوسيّة؟ فقال: لا «٣».

و إن أمكن أن يقال: إنّ المتبادر من «التزوّج» الدائم، هذا مع عموم النهى عن نكاح المشركات و الكوافر و عدم العلم بالكتابيّة، لإرسال الخبر مع نقل الإجماع على الحرمة فى التبيان «۴» و السرائر «۵».

و لا يجوز للمؤمن اتّفاقا أن يتزوّج دواما أو متعة بالناصبة المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم السّلام للحكم بكفرهم، فيدخل فى العموم من غير تخصيص، و لقول الصادق عليه السّلام لابن سنان فى الصحيح: لا يتزوّج المؤمن الناصبيّة و لا يتزوّج الناصب مؤمنة «۶». و غيره، و هو كثير.

و يستحب للمؤمن أن يتزوّج بمثله فإنّها أولى بكونها سكنا و ألفا و محلّا للمودة، و أعون له فى الدين، و أقرب إلى كون أولادها مؤمنين، و للأمر فى الأخبار بتزوّج ذوات الدين، و قول الصادق عليه السّلام لإبراهيم الكرخى: انظر أين تضع نفسك، و من تشركه فى مالك، و تطلّعه على دينك و سرّك «۷». و قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: اختاروا لنطفكم، فإنّ الخال أحد الضجيعين «۸».

و للحرّ أن يتزوّج بالأمة مطلقا، أو عند الضرورة كما سيأتى.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۱۰ ب ۱ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۱ ب ۱۳ من أبواب المتعة ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۱۸ ب ۶ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ۲.

(۴) التبيان: ج ۲ ص ۲۱۸.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۵۴۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۲۴ ب ۱۰ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ۳.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۳ ب ۶ من أبواب مقدّمات النكاح ح ۱.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸ ب ۱۳ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۲.

و للحرّة أن تتزوّج بالعبد عندنا للأصل، و الأخبار «۱» خلافا لجماعة من العامّة «۲» حيث اعتبروا الحريّة فى الكفاءة.

و كذا لا عبرة عندنا بالنسب فيتزوّج شريفة النسب بالأدون كالهاشمية و العلوية بغيرهما كما زوّج النبى صلّى اللّه عليه و آله ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب من مقداد بن الأسود، و قال: إنّما أردت أن تتّضع المناكح «۳».

و حرّم أبو على أن ينكح فيمن حرمت عليهم الصدقة غيرهم، لئلّا يستحل الصدقة من حرمت عليه، لكون الولد منسوبا إلى من يحلّ له «۴».

و يمكن أن يريد الكراهة كما تضمّنه خبر علىّ بن بلال فى الخارجى الذى لقى هشام بن الحكم حتى انتهى إلى الصادق عليه السّلام فخطب إليه، فقال له عليه السّلام: إنّك لكفوء فى دينك و حسبك فى قومك، و لكنّ اللّه عزّ و جلّ صاننا عن الصدقات، و هى أوساخ أيدى الناس، فنكره أن نشرك فيما فضّلنا اللّه به من لم يجعل اللّه له مثل ما جعل اللّه لنا «۵».

و لا بالاتّفاق فى العربيّة فيتزوّج العربيّة بالعجمى و بالعكس، و كذا لا عبرة بالصنائع، فيتزوّج أرباب الصنائع الدنيئة كالحجامة و الحياكة بالأشراف للأصل، و الخبر، و عموم «مٰا طٰابَ لَكُمْ» و للعامّة خلاف فى الجميع «۶».

و هل التمكّن من النفقة شرط فى الكفاءة؟ قيل: نعم و القائل

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۷ ب ۲۷ من أبواب مقدّمات النكاح.

(۲) المجموع: ج ۱۶ ص ۱۸۸، و المغنى لابن قدامة: ج ۷ ص ۳۷۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۷ ب ۲۶ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۵.

(۴) حكى عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۹۸.

(۵) مستدرك الوسائل: ج ۱۴ ص ۱۸۵ ح ۱۶۴۵۷ عن المناقب لابن شهرآشوب.

(۶) المجموع: ج ۱۶ ص ۱۸۲، و المغنى لابن قدامة: ج ۷ ص ۳۷۷.

الشيخان فى المقنعة «۱» و المبسوط «۲» و الخلاف «۳» و بنو زهرة «۴» و إدريس «۵» و سعيد «۶» و اختاره فى التذكرة «۷» و المختلف «۸» و نصّ فيه، و كذا ابنا إدريس و سعيد «۹» على أنّ المراد: أنّ لها الخيار إذا تبيّن لها العدم لا الفساد، و خيّرها أبو على إذا تجدّد الإعسار «۱۰» فكذا هنا، و حكى فى المختلف الإجماع على عدم اشتراطه فى صحّة العقد مع علمها «۱۱» و الأمر كذلك.

و لعلّهم مجمعون على الصحّة مع الجهل أيضا كما ذكره الشهيد «۱۲» و لكن فى الإيضاح: إنّ الأقوال ثلاثة: الاشتراط، و عدمه، و الخيار «۱۳».

و يمكن القول بعدم الصحّة فى الوكيل المطلق و الولى، و على الجملة فدليل الاشتراط قول الصادق عليه السّلام: الكفوء أن يكون عفيفا و عنده يسار «۱۴» و لأنّ معاوية خطب فاطمة بنت قيس فقال النبى صلّى اللّه عليه و آله: إنّه صعلوك لا مال له «۱۵».

و لأنّ الإعسار مضرّ بها جدّا، و لعدّه فى النقص عرفا، لتفاضل الناس فى اليسار تفاضلهم فى النسب، و لأنّ بالنفقة قوام النكاح و دوام الازدواج.

و الأقرب العدم وفاقا للنهاية «۱۶» و الأكثر للأصل، و عموم «المؤمنون بعضهم أكفاء بعض» «۱۷» و «إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوّجوه» «۱۸». و ضعف

---

(۱) المقنعة: ص ۵۱۲.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۱۷۸.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۲۷۱ المسألة ۲۷.

(۴) الغنية: ص ۳۴۳.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۷.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۳۹.

(۷) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۰۳ س ۳۲.

(۸) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۹۹.

(۹) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۷، الجامع للشرائع: ص ۴۳۹.

(۱۰) حكى عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۲۸.

(١١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٢٩٩.

(١٢) اللمعة الدمشقية: ج ۵ ص ٢٣٧.

(١٣) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٢٣.

(١۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١ ب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۴.

(١۵) سنن البيهقى: ج ٧ ص ١٣۵.

(١۶) النهاية: ج ٢ ص ٣٠٧.

(١٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٩ ب ٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٨.

(١٨) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١ ب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

الخبرين، مع اشتمال الأوّل على العفّة التى لا يشترط عندنا، و عدم دلالة الثانى بوجه، و المعارضة بقوله تعالى «إِنْ يَكُونُوا فُقَرٰاءَ يُغْنِهِمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ» «١».

نعم، يجوز ردّ الخاطب مع الإعسار بهذا المعنى دفعا للحرج و جمعا بين الأدلّة، و قال الشهيد: لا أظنّ أحدا خالف فيه «٢» و يمكن حمل كلام الشيخين عليه.

و لو تجدّد عجزه عنها فالأقرب عدم التسلّط على الفسخ بنفسها أو بالحاكم وفاقا للأكثر، للأصل، و للزومه من نفى الاختيار ابتداء، و لقوله تعالى:

«وَ إِنْ كٰانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ» «٣» و لأنّ امرأة استعدت على زوجها للإعسار إلى أمير المؤمنين عليه السّلام فأبى أن يحبسه و قال: إنّ مع العسر يسرا «۴». و فيه جواز أن كان معسرا ابتداء و قد رضيت به و إن لم يكن حدّا لم يتمكن معه من الإنفاق.

و سلّطها أبو على على الفسخ «۵» و قيل: يفسخه الحاكم «۶» و هو قوى، فإن لم يمكن الحاكم فسخت، لقوله تعالى «فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ» «٧» و الإمساك بلا نفقة ليس بمعروف، و فيه منع، و لو سلّم لم يثبت التسلّط على الفسخ، و للضرر، و صحيح أبى بصير عن الباقر عليه السّلام: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها، و يطعمها ما يقيم صلبها، كان حقّا على الإمام أن يفرّق بينهما «٨».

و صحيح ربعى و الفضيل عن الصادق عليه السّلام: إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة و إلّا فرّق بينهما «٩».

---

(١) النور: ٣٢.

(٢) غاية المراد: ص ١١١ (مخطوط).

(٣) البقرة: ٢٨٠.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١۴٨ ب ٧ من أبواب الحجر، ح ٢.

(۵) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٢٨.

(۶) ممن قال به الشهيد فى مسالك الافهام: ج ٧ ص ۴٠٧.

(٧) البقرة: ٢٢٩.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٢٣ ب ١ من أبواب النفقات ح ٢.

(٩) المصدر السابق: ح ١.

و لو خطب المؤمن القادر على النفقة إلى الولي وجبت إجابته إن لم يكن فاسقا، و لم يعلم فيه شيء من المسلّطات على الفسخ، و لم تأب المولّى عليها، لقوله صلّى اللّه عليه و آله في الصحيح: إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوّجوه، الّا تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير «١». و لأنّ على الوليّ أن يفعل ما هو أصلح للمولّى عليه.

ثمّ إن كانت البالغة مولّى عليها فلا إشكال، و إلّا فإن كانت المخطوبة بالغة و لكن يعلم من حالها أنّها لا تستقلّ بالنكاح حرم على الوليّ ردّ الخاطب إذا اتصف بما ذكر، فإنّه ليس إلّا منعا لهما عن حاجتهما المرغوبة شرعا، و إن كانت صغيرة فالظاهر أنّه كذلك إن كانت فيه مصلحتها. و يؤيّده قوله عليه السّلام: لا تؤخّروا أربعا «٢» و عدّ منها تزويج البكر إذا وجد كفأ.

لكنّه في التذكرة أطلق استحباب تأخير تزويج الصغيرين إلى البلوغ، قال:

لأنّ النكاح يلزمهما حقوقا، و ليكونا من أهل الإذن فيستأذنا أو يليا العقد بأنفسهما عندنا، و لأنّ قضاء الشهوة إنّما يتعلّق بالزوجين، فنظرهما لأنفسهما فيه أولى من غيرهما، خصوصا فيمن يلزمهما عقده كالأب و الجدّ للأب «٣». و إن كان أخفض نسبا أو شيئا أخر ممّا لا يدخل في الكفاءة.

و لو امتنع الولي من الإجابة كان عاصيا و لعلّه إنّما ذكره مع فهمه ممّا قبله، للتنصيص على أنّ المكلّف بالإجابة هو الولي، و ليصل به قوله إلّا للعدول إلى الأعلى نسبا أو حسبا.

قال ابن إدريس: و روى أنّه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته، و كان عنده يسار بقدر نفقتها، و كان ممّن يرضى أفعاله و أمانته، و لا يكون مرتكبا لشيء يدخل به في جملة الفسّاق و إن كان حقيرا في نسبه قليل المال فلم يزوّجه إيّاها كان عاصيا

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠ ب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(٢) سنن البيهقي: ج ٧ ص ١٣٣ (ثلاثة لا تؤخرها .. و الأيم إذا وجدت كفوا).

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٨٧ س ٣٢.

للّه تعالى، مخالفا لسنّة نبيّه صلّى اللّه عليه و آله و وجه الحديث في ذلك أنّه إنّما يكون عاصيا إذا ردّه و لم يزوّجه لما هو عليه من الفقر و الأنفة منه لذلك، و اعتقاده أنّ ذلك ليس بكفو في الشرع، فأمّا إن ردّه و لم يزوّجه لا لذلك بل لأمر آخر و غرض غير ذلك من مصالح دنياه فلا حرج عليه و لا يكون عاصيا، فهذا فقه الحديث «١» انتهى.

و بالجملة فإنّما يكون عاصيا إذا ازدرى بالخاطب أو ضارّ المخطوبة.

و يكره تزويج الفاسق لأنّه لفسقه حريّ بالإعراض و الإهانة، و التزويج إكرام و موادّة، و لأنّه لا يؤمن من الإضرار بها و قهرها على الفسق و لا أقلّ من ميلها إليه، و سقوط محلّه من الحرمة عندها. و لا يحرم اتّفاقا منّا للأصل، و عموم «مٰا طٰابَ لَكُمْ» «٢» و من ترضون دينه و خلقه «٣». و يمكن إخراجه عمّن يرضى دينه أو خلقه، و هو الظاهر، و إلّا لم يكره.

خصوصا شارب الخمر للأخبار، فعنه عليه السّلام: من زوّج كريمته شارب الخمر فقد قطع رحمها «۴». و عنه صلّى اللّه عليه و آله: شارب الخمر لا يزوّج إذا خطب «۵».

و عنه صلّى اللّه عليه و آله: من شرب الخمر بعد ما حرّمها اللّه على لساني فليس بأهل أن يتزوّج إذا خطب «۶».

و لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها، فالأقرب انتفاء الفسخ كانت قبيلته دون من انتسب إليه أم لا، و كانت دون قبيلتها أم لا،

وفاقا للمحقّق «۷» من غير فرق بين الشرط فى العقد و عدمه. للأصل، و عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۸».

و أجاز لها الفسخ الشيخ فى النهاية «۹» و ابنا حمزة «۱۰» و سعيد «۱۱» و أطلقوا،

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۸.

(۲) النساء: ۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۱ ب ۲۸ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳ ب ۲۹ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ۱.

(۵) المصدر السابق: ح ۲.

(۶) المصدر السابق: ح ۳ و ۵.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۰.

(۸) المائدة: ۱.

(۹) النهاية: ج ۲ ص ۳۷۲.

(۱۰) الوسيلة: ص ۳۱۱.

(۱۱) الجامع للشرائع: ص ۴۶۳.

لمضمر الحلبى الصحيح: فى رجل يتزوّج المرأة فيقول لها: أنا من بنى فلان فلا يكون كذلك، قال: تفسخ النكاح، أو قال: تردّ «۱». و الإضمار يضعّفه، و لا يجدى أنّ الحلبى أعظم من أن يروى نحو ذلك من غير الإمام، لاحتمال رجوع الضمير إلى الحلبى، و يكون الراوى عنه سأله.

و مقرّب المختلف أنّ لها الخيار إن كانت قبيلته دون من انتسب إليهم، و دون نسبها، بحيث لا يلائم شرفها، لما فيه من الغضاضة و الضرر «۲» و للرواية لأنّه المتبادر.

و خيّرها أبو على إن لم يؤوّل الزوج تأويلا ممكنا «۳» لخبر حمّاد بن عيسى عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليهما السّلام قال: خطب رجل إلى قوم، فقالوا: ما تجارتك؟ قال:

أبيع الدواب، فزوّجوه، فإذا هو يبيع السنانير، فاختصموا إلى على بن أبى طالب عليه السّلام فأجاز نكاحه، و قال: السنانير دواب «۴». للتساوى بين النسب و الصنعة فى الغضاضة و انتفائها.

و خيّرها ابن إدريس «۵» [و المصنّف فيما يأتى] «۶» إن شرط ذلك فى العقد، سواء كان من قبيلة أدنى ممّا انتسب إليها أو أعلى للتدليس فى العقد، فإنّهما إنّما تراضيا بالعقد على ذلك، فإذا ظهر الخلاف اعترض للفساد. و فيه منع ظاهر، و لئن سلّم لزم فساد العقد لا التوقّف على الرضا بعده كالفضولى.

و فى المبسوط بعد أن ذكر أنّ من دلّس بالحريّة فإن لم يشترطها فى العقد كان النكاح صحيحا قولا واحدا، و إن شرطها فيه كان فيه قولان، قال: و هكذا القولان،

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۴ ب ۱۶ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۹۸.

(۳) حكى عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۹۹.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۵ ب ۱۶ من أبواب العيوب و التدليس ح ۲، و فيه: «فمضوا إلى عليّ».

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۱.

(۶) لم يرد فى «ن».

إذا انتسب لها نسبا فوجد بخلافه، سواء كان أعلى ممّا ذكر أو دونه «۱». و هو يعطى أنّ الخلاف إنّما هو عند الاشتراط فى العقد.

ثمّ قال: و إن كان الغرور بالنسب فإن وجده دون ما شرط، و دون نسبها، فلها الخيار، لأنّه ليس بكفء. و إن كان دون ما شرط لكنّه مثل نسبها أو أعلى منه، مثل أن كانت عربية فشرط هاشميّا فبان قرشيّا أو عربيّا، فهل لها الخيار أم لا؟ فالأقوى أنّه لا خيار لها، و فى الناس من قال: لها الخيار، و قد روى ذلك فى أخبارنا «۲» انتهى.

و مراده بالكفؤ ليس المعتبر شرعا فى النكاح، و إنّما أراد أن لها الخيار دفعا للضرر و الغضاضة، و أمّا إن كان مثل نسبها أو أعلى فليس فيه ذلك، و فيه الاشتراك فى التدليس.

و كذا لا فسخ لو ظهر لمن تزوّج بالعفيفة بزعمه أنّها كانت قد زنت حدّت أم لا، وفاقا للنهاية «۳» و الخلاف «۴» و السرائر «۵» و المهذّب فى موضع «۶» و الجامع «۷» و النافع «۸» و الشرائع «۹» للأصل، و صحيح الحلبى عن الصادق عليه السّلام: إنّما يردّ النكاح من البرص و الجنون و الجذام و العفل «۱۰». و خبر رفاعة عنه عليه السّلام سأله عن المحدود و المحدودة هل يرد من النكاح؟ قال لا «۱۱».

و خيّره الصدوق «۱۲» و أبو على «۱۳» للعار، و لقول أمير المؤمنين عليه السّلام فى المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها، قال: يفرّق بينهما و لا صداق لها، لأنّ الحدث كان من

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۸.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۹.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۶۰.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۳۴۶ المسألة ۱۲۴.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۳.

(۶) المهذب: ج ۲ ص ۲۳۵.

(۷) الجامع للشرائع: ص ۴۶۴.

(۸) المختصر النافع: ص ۱۸۰.

(۹) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۰.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۳ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس ح ۶ و ۱۰.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۰ ب ۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۲.

(۱۲) المقنع: ص ۱۰۹.

(۱۳) حكى عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۸۵.

قبلها «۱». و هو مع الضعف لا يفيد المطلوب، فإنّ ظاهره أنّ الزنا بعد العقد، مع احتمال التفريق بالطلاق، و أنّه أولى به.

و خيّره المفيد «۲» و سلّار «۳» و التقى «۴» و القاضى فى موضع آخر من المهذّب «۵» إذا ظهر أنّها حدّت فى الزنا، من غير تعرّض لغير المحدودة، فيجوز التخصيص لكون العار فيها أشد.

و لا رجوع للزوج على الولى بالمهر إن استحقّت، أمسكها أو فارقها وفاقا للمحقق «۶». للأصل، و لما علم من نفى الفسخ فإنّه لا يجامع تضمين المهر.

و فيه منع.

و جعل الشيخ فى النهاية له الرجوع «۷» و كذا ابن إدريس إن كان الولى عالما بأمرها، للتدليس «۸». و لصحيح معاوية بن وهب سأل الصادق عليه السّلام عن ذلك، فقال:

إن شاء زوجها أخذ الصداق ممّن زوّجها و لها الصداق بما استحلّ من فرجها، و إن شاء تركها «۹» و نحوه خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عنه عليه السّلام «۱۰» و لحسن الحلبى سأله عليه السّلام عن المرأة تلد من الزنا و لا يعلم بذلك أحد إلّا وليّها، أ يصلح له أن يزوّجها و يسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبة أو معروفا؟ فقال: إن لم يذكر ذلك لزوجها ثمّ علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليّها بما دلّس عليه كان له ذلك على وليّها، و كان الصداق الذى أخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلّ من فرجها، و إن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس «۱۱».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۱ ب ۶ من أبواب العيوب و التدليس ح ۳.

(۲) المقنعة: ص ۵۱۹.

(۳) المراسم: ص ۱۵۰.

(۴) الكافى فى الفقه: ص ۲۹۵.

(۵) المهذب: ج ۲ ص ۲۳۱.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۰.

(۷) النهاية: ج ۲ ص ۳۶۰.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۳.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۱ ب ۶ من أبواب العيوب و التدليس ذيل الحديث ۴.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۱ ب ۶ من أبواب العيوب و التدليس ح ۴.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۰ ب ۶ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

و يمكن حملها على ما إذا اشترط على الولى أن لا تكون زانية.

و قوله فى الخبر الأوّل: «إن شاء تركها» يحتمل أن يكون بمعنى الإمساك كما فى هذا الخبر، و أن يكون بمعنى الفراق بطلاق أو فسخ على القول به [و على كلّ فليس معادلا للمشيئة الأولى إلّا أن يراد إن شاء لم يفارقها، و دخل بها و أخذ الصداق من الولى، و إن شاء فارقها قبل الدخول و لا مهر لها] «۱».

و لو زوّجها الوليّ بالمجنون أو الخصى أو من فى حكمه من المجبوب و العنّين صحّ العقد، لبنائه على المصلحة و كونه كفوءا، و لأنّها إن تزوّجت بنفسها و هى بالغة عاقلة صحّ، فكذا من يقوم مقامها. و لا ضرر عليها، لأنّ لها الخيار عند البلوغ لأنّه مقتضى

العيب.

و كـذا لو زوّج الطفل بـذات عيب يوجب الخيار فى الفسـخ و لم يقل: «زوّجه»، لأنّه لا ولايـة عليه إلّا إذا كان طفلا، بخلافها، لما عرفت من الخلاف.

و هـل للولىّ الفسـخ؟ وجهان، من قيامه مقام المولّى عليه، و من أنّ الفسـخ منوط بالشـهوة، و هى مختلفـة، و هو مختار المبسوط «٢».

و قـد يستشـكل فى خيـار المولّى عليه مع علم الولىّ بـالعيب، من أنّه إن راعى الغبطـة مضـى تصـرّفه على المولّى عليه، و إلّا كان فضوليا. و يدفع بمنع الشـرطيّتين، لإطلاق أدلّة التخيير بالعيوب، و عدم الدليل على اعتبار الغبطة زيادة على التزويج، فإنّه فى حقّها ليس إلّا مصلحة، و التضرّر بالعيب قد انجبر بالخيار، و لا معارض غيره، على أنّ الفضولى صحيح و إن توقّف على الإجازة.

و لو زوّجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت للكفاءة مع المصلحة، و الأصل.

و كذا الطفل لا خيار له لو زوّجه بالأمة إن لم يشترط فى نكاح الحرّ الأمة خوف العنت و إلّا لم يصحّ، إذ لا خوف هنا.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من ن.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۶- ۱۸۷.

[المطلب الخامس فى الأحكام]

المطلب الخامس فى الأحكام و الأولى إفراد فصل لها، فإنّه يبيّن «١» فيه أحكام العقد من الولىّ و من غيره، و كأنّه لمّا كان غالبه أحكام عقد الولىّ جعله من فصل الأولياء.

إذا زوّج الأب أو الجدّ له أحد الصـغيرين لزم العقد، و لا خيار له بعد بلوغه كما لا خيار له فى سائر العقود و التصـرّفات فى ماله، وفاقا للأكثر للأصل.

و لصـحيح ابن بزيع عن الرضـا عليه السّـلام سـأله عن الصبيّـة يزوّجها أبوها، ثمّ يموت و هى صـغيرة، ثمّ تكبر قبل أن يـدخل بها زوجها، أ يجوز عليها التزويج أم الأمر إليها؟

قال: يجوز عليها تزويج أبيها «٢».

و صـحيح عبد اللّه بن الصـلت سأله عليه السّـلام عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها إلها أمر إذا بلغت؟ قال: لا «٣». و صحيح على بن يقطين عن الكاظم عليه السّلام سأله: إذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال: لا بأس إذا رضى أبوها أو وليّها «۴».

و ذهب الشيخ فى النهاية «۵» و بنو حمزة «۶» و البراج «۷» و إدريس «۸» إلى تخيير الصبى إذا بلغ، لقول الباقر عليه السّـلام ليزيد الكناسى: إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك «۹». و الراوى مجهول.

و سأل محمّد بن مسلم فى الصحيح أبا جعفر عليه السّلام عن الصبى يتزوّج الصبيّة؟

قال: إذا كان أبواهما اللذين زوّجاهما فنعم جائز، لكن لهما الخيار إذا أدركا «۱۰».

و يحمل على الخيار بالطلاق أو طلبه، أو إذا وجد الموجب للخيار من العيوب.

---

(١) فى ن: «يتبيّن».

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٠٧ ب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح ١.

(٣) المصدر السابق: ح ٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٠٨ ب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح ٧.

(۵) النهاية: ج ٢ ص ٣١۶.

(۶) الوسيلة: ص ٣٠٠.

(٧) المهذب: ج ٢ ص ١٩٧.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ۵۶٨.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٠٩ ب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح ٩.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٠٨ ب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح ٨.

و كذا المجنون أو المجنونة لا خيار له بعد رشده لو زوّجه أحدهما لا يعرف فيه خلافا.

و كذا كلّ من له ولاية على النكاح لا خيار للمولّى عليه بعد ارتفاع ولايته إلّا الأمة فإنّ لها الخيار بعد العتق إن زوّجت بعبد اتّفاقا، كما فى المبسوط «١» و لقصّة بريرة. و إن زوّجت بحرّ ففى المبسوط: إنّ فى أكثر الأخبار أنّ لها الخيار، و فى بعضها نفيه، و هو الأقوى «٢». و نحوه فى الخلاف «٣» و استدلّ بالأصل، و زوج بريرة لا يعلم حريّته، فإنّ الأخبار فيه مختلفة، و فى الصحيح عن الصادق عليه السّلام: أنّه كان عبدا «۴» مع الفرق الظاهر بين الحرّ و العبد، و هو مختار المحقّق فى الشرائع «۵» و النكت «۶» اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و الأكثر على تخييرها مطلقا، و هو مختار النهاية «٧» لإطلاق الأخبار بالخيار «٨» و فى بعضها التنصيص على التعميم، إلّا أنّها ضعيفة، و لأنّ المخيّر ملّكها لنفسها و هو مشترك، و لا وجه لقصور سلطنتها على نفسها عن سلطنة المشترى، و الحريّة ليست من الكفاءة و لا الرقيّة من العيوب.

و لعلّ السرّ فى تخيير الأمة دون الصبيّة أمران:

أحدهما: أنّها لو لم يتخيّر لزمها الاستمرار بلا مهر و هو ضرر.

و الثانى: أنّ ولاية المولى لملك المنافع و التسلّط على التصرّف فيها كيف شاء، و ولاية الأب نظر للمولّى عليها، و الخيار ثابت لها.

و إن زوّجها الأب بإذن المولى على إشكال من إطلاق الأخبار بالخيار لها، و من إطلاق الأخبار بنفى الخيار عن الصبيّة إذا زوّجها أبوها.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢۵٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الخلاف: ج ۴ ص ٣۵٣ المسألة ١٣۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۵٩ ب ۵٢ من أبواب عقد نكاح العبيد.

(۵) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣١١.

(۶) النكت، بهامش النهاية: ج ٢ ص ٣٣٨- ٣٣٩.

(۷) النهاية: ج ۲ ص ۳۳۸.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۹ ب ۵۲ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۱۰۰

و التحقيق أنّ المتبادر من هـذه الأخبار أن يكون التزويج بالولاية، فهل ولاية الأب ثابتة مع المولى، لكنّها ممنوعة عن التأثير، فإذا أذن انتفى المنع أم ساقطة؟

فعلى الأوّل يدخل في هذه الأخبار، و يندفع دخوله في الأدلّة بأنّ المتبادر منها ما إذا زوّجها المولى.

و لكلّ من الأب و الجدّ له تولّي طرفي العقد لولديه، و لا بدّ في الأب لأحد الطرفين أن يكون وكيلا للآخر أو وليّه.

و كذا غيرهما من الأولياء على الأقوى لأنّه مقتضى الولاية، و اشتراط التغاير حقيقة بين المتعاقدين ممنوع. و في الخلاف: الاتّفاق على عـدمه عنـدنا إلّـا الوكيل عنها أو عن وليها فإنّه لا يزوّجها من نفسه إلّا إذا أذنت أو أذن الوليّ له صـريحا، أمّا إذا عيّنت غيره فظاهر، و أمّا مع الإطلاق أو التعميم فلأنّ غيره المتبادر، و ربّما يمنع.

و قد يفرق بين المطلق و العامّ، فيجوز في الثاني خاصّة لقربه من الإذن صريحا، و تردّد في التذكرة «۱» في المطلق.

و أمّـا مع الإذن صـريحا فيصـحّ على رأي قويّ، وفاقا لأبي علي «۲» و المحقّق «۳» للأصـل، و كفايـة التغاير اعتبارا. و قيل بالمنع، لاعتبار التغاير، و هو ممنوع، و لرواية عمّار سأل أبا الحسن عليه السّلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، يحلّ لها أن توكّل رجلا يريد أن يتزوّجها تقول له: قد وكّلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: لا، قال: قلت: و إن كانت أيّما؟ قال: و إن كـانت أيّمـا، قلت: فـإن وكّلت غيره بتزويجها منه؟ قال: نعم «۴». و هي ضـعيفة، و على المنع يحتمـل زواله إذا وكّـل غيره في أحد الطرفين أو اثنين فيهما.

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۰۲ س ۷.

(۲) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۲۸.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۷.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۷ ب ۱۰ من أبواب عقد النكاح، ح ۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۱۰۱

و لوكيل الجد في النكاح عن حافديه تولّي طرفيه، و كذا وكيل الرشيدين أو الوليّين لنيابته عن الموكّل و لا فارق.

و لو زوّج الولي لا بالملك بـدون مهر المثل فالأقرب أنّ لها الاعتراض في المسـمّى أو العقـد أو فيهما، و في التحرير قطع به في الأوّل و تردّد في الثاني «۱».

و وجه الاعتراض في المسـمّى أنّه عوض لها عن بضـعها، فالنقص فيه ضـرر ينجبر بتخييرها. و وجه العدم- و هو قول الشـيخ «۲»- الأصـل، و أنّه ولي ماضـي التصـرف، و النكـاح ليس معاوضـة محضـة، و إنّما الغرض الأصـلي منه الإحصان و النسل، مع مراعاته المصلحة، و قوله تعالى «أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ» «۳» فـإذا سـاغ له العفو فنقصه ابتـداء أولى، و على الأـوّل يحتمل مع الاعتراض أن يكون للزوج الفسخ، لأنّه إنّما رضي بما سمّاه و لم يسلم له إلّا أن يكون عالما بالحال و الحكم.

و وجه الاعتراض في العقد- و هو لا يتمّ إلّا على الاعتراض في المسمّى- أنّ الواقع هو العقد المشـخّص على المسـمّى، فإذا بطل المسمّى بطل العقد، و الأقوى العدم، لأنّ المهر ليس من أركانه، و لذا جاز خلوّه عنه رأسا، و لا يبطل بتعليقه على مهر فاسد.

و يصحّ للمرأة أن تعقد على نفسها و غيرها إيجابا و قبولا معا، بأن وكّلها زوجها في تزويج نفسها منه، و به يندفع التكرار.

و لو زوّج الفضولى وقف على الإجازة من المعقود عليه ذكر أو أنثى إن كان حرّا رشيدا و بالجملة غير مولّى عليه أو من وليّه إن لم يكن و منهما إن اشتركا كما فى البكر البالغة الرشيدة و السفيه على ما تقدّم.

و لا يقع العقد بإطلاق فى أصله و إنّما يبطل إن لم يجز على رأى

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶ س ۱۹.

(۲) الخلاف: ج ۴ ص ۳۹۲ المسألة ۳۷.

(۳) البقرة: ۲۳۷.

مشهور، لأنّه ليس مسلوب العبارة، و إنّما المانع تعلّق حقّ الغير و قد اندفع بالإجازة، و للإجماع كما حكاه المرتضى «۱» مطلقا، و ابن إدريس «۲» فى غير المملوكين، و لقول النبيّ صلّى اللّه عليه و آله فيما مرّ من خبر البكر التى زوّجها أبوها فأتته صلّى اللّه عليه و آله و تستعدى: أجيزى ما صنع أبوك «۳». و لغيره من الأخبار و هى كثيرة، كحسن زرارة سأل أبا جعفر عليه السّلام عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازه و إن شاء فرّق بينهما، قال: فقلت: أصلحك اللّه إنّ الحكم بن عيينة و إبراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، فلا يحل إجازة السيد له، فقال عليه السّلام: إنّه لم يعص اللّه إنّما عصى سيّده، فإذا أجازه فهو له جائز «۴». و خبر محمّد بن مسلم سأله عليه السّلام عن رجل زوّجته امّه و هو غائب، قال: النكاح جائز، إن شاء الزوج قبل، و إن شاء ترك «۵».

و ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف «۶» و فخر الإسلام «۷» إلى بطلان العقد من أصله، لأنّ صحة العقود لا بدّ لها من دليل شرعى و ليس، و للأخبار الناطقة بفساد النكاح بغير إذن الولى أو المولى، و لأنّ العقد مبيح فيمتنع صدوره عن غير الزوجين أو وليّهما، و لأنّ الإجازة شرط الصحّة، و الشرط لا يتأخّر عن المشروط.

و ذكر الشيخ فى الكتابين بعد الحكم بالبطلان أنّه روى أصحابنا فى العبد خاصّة الوقوف على إجازة السيّد «۸» و حكى الإجماع عليه فى الخلاف، و زاد فى المبسوط: أنّ نكاح الأمة منصوص عليه أنّه زنا إذا كان بغير إذن سيّدها.

و الجواب عن الأدلّة: أنّا ذكرنا الدليل، و الأخبار مع أنّ أكثرها عامّية معارضة

(۱) الناصريات: ص ۳۰۰ المسألة ۱۵۴.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۵۶۵.

(۳) الناصريات: ص ۳۳۱ المسألة ۱۵۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۲۳ ب ۲۴ من أبواب عقد نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۱ ب ۷ من أبواب عقد النكاح، ح ۳.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۱۶۳، الخلاف: ج ۴ ص ۲۵۷ المسألة ۱۱.

(۷) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۲۷.

(۸) المبسوط: ج ۴ ص ۱۶۳، و الخلاف: ج ۴ ص ۲۵۷ المسألة ۱۱.

بأخبار الصحّة، قابلة للتأويل بأنّه فى معرض الفساد أو إن لم يجز، و المبيح هو العقد مع رضا المتعاقدين، و قد صدر العقد من

صحيح العبارة، و لا يشترط صدوره عن المتعاقدين، و إلّا لم يجز التوكيل، و بالإجازة يحصل الرضا، و الإجازة إنّما هو شرط الصحّة «۱» بمعنى أنّه شرط ترتّب الأثر عليه، بل هو أحد جزئى علّة الإباحة، و إلّا فالعقد إذا صدر عن صحيح العبارة كان صحيحا، على أنّه قد يقال: إنّما هو كاشف عن الصحة.

و قال ابن حمزة: لا يقف على الإجازة إلّا فى تسعة مواضع: عقد البكر الرشيدة على نفسها مع حضور الولىّ، و عقد الأبوين على الابن الصغير، و عقد الجدّ مع عدم الأب، و عقد الأخ و الامّ و العمّ على صبيّة، و تزويج الرجل عبد غيره بغير إذن سيّده، و تزويجه من نفسه بغير إذن سيّده «۲». و كأنّه اقتصر على ما استنبطه من الأخبار.

و يكفى فى إجازة البكر السكوت عند عرضه عليها إن كانت هى المعقود عليها كما يكفى فى الإذن ابتداء لعموم الأدلّة.

و لا بدّ فى الثيّب من النطق و كذا فى الرجل و الولىّ ذكرا أو أنثى.

و لو زوّج الأب أو الجدّ له الصغيرين فمات أحدهما صغيرا ورثه الآخر لا نعرف فيه خلافا حتى ممّن خيّر الصبىّ عند البلوغ، فالشيخ فى النهاية «۳» صرّح بالأمرين.

و قال المحقّق فى النكت: إنّ الخيار عند البلوغ لا ينافى التوارث «۴». و وجهه أنّه عقد صحيح شرعا فيصيران به زوجا و زوجة فى الشرع، فيثبت لهما التوارث، لإطلاق النصوص بتوارث المتزاوجين، و الأصل بقاؤه على الصحّة إلى أن يطرأ المعارض، و هو اختيار الفسخ عند البلوغ، و هو هنا ممتنع.

و يدلّ عليه مع ذلك صحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام فى الصبى يزوّج

---

(۱) فى المطبوع: للصحّة.

(۲) الوسيلة: ص ۳۰۰.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۱۵.

(۴) النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۱۵.

الصبيّة يتوارثان، قال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم «۱».

و لو عقد عليهما الفضولى فمات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد و لا مهر و لا ميراث لأنّ شرط الصحّة الإجازة و لم تتحقق، و بعبارة أخرى لم تتحقّق العلّة التامّة للزوجية، لفقد أحد جزءيها و هو الإجازة، و لم ينكشف لنا الصحّة، و عليه يحمل صحيحة أبى عبيدة الحذّاء سأل الباقر عليه السّلام عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدركين، فقال: النكاح جائز، و أيّهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا و رضيا «۲» لأنّ المراد بالوليّين غير الأب و الجدّ من القرابة الذين ليس لهم الإجبار على النكاح بقرينة قوله فى آخر الخبر، قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب «۳».

و لو بلغ أحدهما فأجاز لزم فى طرفه لتمام العلّة بالنسبة إليه، و لأنّه سأل أبو عبيدة الحذاء فى بقيّة الخبر قال: قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟

قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى «۴».

فإن مات الآخر قبل البلوغ أو بعده قبل الإجازة ردّ أم لا؟ فكالأوّل يبطل العقد، فلا مهر «۵» و لا ميراث بعدم تمام الزوجية، و عموم الخبر له، لما تقدّم منه، و لقوله فى آخره، قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت أ يرثها الزوج المدرك؟ قال: لا، لأنّ

لها الخيار إذا أدركت «۶».

و إن مات المجيز عزل للآخر نصيبه، فإن فسخ بعد البلوغ فلا كلام فى أنّه لا مهر و لا ميراث، و إن أجاز أحلف على عدم سببيّة الرغبة فى

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۰۸ ب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح ۸.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۷ ص ۵۲۷ ب ۱۱ من أبواب ميراث الأزواج، ح ۱.

(۳) المصدر السابق.

(۴) المصدر السابق.

(۵) ليس فى ن.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۷ ص ۵۲۷ ب ۱۱ من أبواب ميراث الأزواج، ح ۱.

الميراث أو المهر للإجازة و ورث لأنّ أبا عبيدة قال فى تتمّة الخبر: قلت:

فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى بالنكاح ثمّ مات قبل أن تدرك الجارية أ ترثه؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك، فتحلف باللّه ما دعاها إلى الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثمّ يدفع إليها الميراث و نصف المهر «۱».

و ما فيه من تنصيف «۲» المهر مبنى إمّا على أنّ الموت قبل الدخول فينصّف كما قيل «۳» و سيأتى، أو على أنّ المفروض أنّها أخذت نصفها قبل الموت و إن كان بعيدا، و حمل الرجل عليها فى الإرث للاشتراك فى تمام علّة الزوجية، و يشكل بما سيأتى: من كونه على خلاف الأصل، و يدفع بأنّ من المعلوم أنّ الإرث ليس هنا إلّا للزوجية، و لا يعقل الفارق بينهما، فبالنص علمنا أنّ فوات محل النكاح هنا لا يضرّ، و أيضا إذا ثبتت الزوجية لها فأولى أن يثبت له للزوم المهر عليه، و فى الإحلاف للاشتراك فى التهمة، و لا فرق فى الاحتياج إلى اليمين فى إرثه منها بين أن يكون نصف المهر الذى يلزمه بالإجازة انقص ممّا يرثه منها أو مساويا أو أزيد، لوجود التهمة بتعلّق الرغبة بأعيان التركة.

فإن مات بعد الإجازة و قبل اليمين فإشكال من تمام الزوجية، و من توقّف الإرث على اليمين بالنص، و هو أقوى، وفاقا لفخر الإسلام «۴» لمنع تمام الزوجية، فإنّه بالإجازة الخالية عن التهمة.

و لو جنّ قبل الإجازة أو اليمين عزل نصيبه من العين إن أمكن، و إلّا فمن المثل أو القيمة إلى أن يفيق.

و قيل «۵»: إن خيف الضرر على الوارث أو المال دفع إليه و ضمن للمجنون إن أفاق فأجاز و حلف، لأنّ استحقاقه الآن غير معلوم، و الأصل عدمه.

---

(۱) المصدر السابق.

(۲) فى المطبوع: تنصّف.

(۳) ممّن قال به صاحب نهاية المرام: ج ۱ ص ۹۱.

(۴) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۲۸- ۲۹.

(۵) ممّن قال به الشهيد فى مسالك الافهام: ج ۷ ص ۱۸۰.

و لو أجاز و نكل عن اليمين ففى لزوم المهر عليه إشكال، من مؤاخذة العقلاء بإقرارهم، و من أنّه فرع الزوجية، و لا يثبت إلّا باليمين بالنص و الفتوى، و إنّ الإجازة ليست إقرارا، و إنّما هى إتيان بجزء من علّة النكاح، فالأوّل «1» أقوى، لأنّ جزء السبب إنّما هو الرضا، و الإجازة إنّما هى إقرار به، و الافتقار إلى اليمين إنّما هو لدفع التهمة مع أنّه خارج عن النص لكونه فى المرأة خاصة.

و عليه ففى إرثه منه أى المهر إشكال من توقّف الإرث على اليمين، و من أنّ الإقرار لا يوجب المؤاخذة إلّا بنصف المهر، فإنّ غاية ما يلزم تحقق الزوجية فى طرفه، و هو لا يستلزم هنا إلّا ثبوت نصف المهر، و لا دليل على الزائد، و هو أقوى، وفاقا لفخر الإسلام «2».

و الأولى أنّ حكم المجنونين حكم الصغيرين كما فى التذكرة «3».

و فى انسحاب الحكم فى البالغين الرشيدين إذا زوّجهما الفضولى إشكال من الاشتراك فى فضولية العقد، و كون الإجازة الخالية عن التهمة جزء أخير لسبب الزوجية، و من الخروج عن النص.

و أقربه البطلان لأنّ ثبوت الإرث باليمين بعد موت الآخر خلاف الأصل، لفوات محل النكاح، فالإجازة كالقبول بعد موت الموجب، فيقتصر فيه على موضع النص. و فيه منع أنّها كالقبول.

و لو زوّج أحدهما الولى أو كان بالغا رشيدا مزوّجا لنفسه أو موكّلا أو مجيزا و زوّج الآخر غير بالغ أو رشيد الفضولى فمات الأوّل، عزل للثانى نصيبه و أحلف بعد بلوغه إن أجاز، إذ لا فرق بالنسبة إليه بين بلوغ الأوّل قبل العقد و بعده، و بين الفضولية بالنسبة إليه و عدمه، و إنّما المعتبر تمام الزوجية بالنسبة إليه، و عدم التمامية بالنسبة إلى الآخر حين مات الأوّل، و هما حاصلان فى جميع الصور.

---

(1) فى «ن»: و الأوّل.

(2) إيضاح الفوائد: ج 3 ص 29.

(3) تذكرة الفقهاء: ج 2 ص 600 س 19.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج7، ص: 107

و يستشكل ممّا تقدّم من كون الإرث مخالفا للأصل، مع خروجه عن النصّ.

و يدفع بأنّه لا فرق إلّا فى اللزوم هنا من طرف و الجائز الطرفين أضعف، فإذا ثبت الحكم فيه ففى الأقوى أولى، و إن أجرى نحو هذا فى البالغين أمكن أن يقال: إنّ الإجازة من البالغ انّما يعتبر فى حياة الآخر، لإمكانه بخلاف غيره.

و لو مات الثانى قبل بلوغه أو بعده قبل إجازته بطل العقد مات الأوّل أم لا لما تقدم، و كذا الإشكال إذا مات بعد الإجازة قبل اليمين و إذا نكل.

و لو تولّى الفضولى أحد طرفى العقد و باشر الآخر بنفسه أو وليه أو وكيله ثبت فى حقّ المباشر تحريم المصاهرة إلى أن يتبيّن عدم إجازة الآخر لتمامية العقد بالنسبة إليه.

فإن كان زوجا حرم عليه الخامسة و الأخت بلا إشكال لصدق الجمع بين الأختين و نكاح أربع بالنسبة إليه، و لا يجدى التزلزل.

و لكل من الام و البنت للمعقود عليها فضوليا إلّا أنّه قبل تبيّن حالها من الإجازة أو الفسخ لا إشكال فى الحرمة، لحرمة الجمع قطعا، و كذا إذا أجازت.

و أمّا إذا فسخت فلا حرمة بلا إشكال فى البنت، و على إشكال فى الأم من أنّ الفسخ كاشف عن الفساد، أو رافع له من حينه، و

الأوّل أصح، فإنّ الأصح أنّ الإجازة إمّا جزء أو شرط.
و فى إباحة المصاهرة مع الطلاق قبل تبيّن حال الآخر من الإجازة أو الفسخ نظر، لترتّبه على عقد لازم و إلّا وقف على الإجازة، و لأنّه لا يتعلّق إلّا بالزوجية، و لا زوجيّة ما لم يلزم، و الفضولى غير لازم ما لم يجز، فلا يصح هذا الطلاق، فلا يبيح المصاهرة.
و يحتمل الإباحة، لأنّا إنّما نسلّم توقّفه على اللزوم من قبله و هو حاصل، أو نقول: إنّه إنّما يتوقّف على نكاح صحيح، و الإجازة كاشفة عن الصحة لا متمّمة، و الفسخ كاشف عن الفساد، فالطلاق مراعى، فإن أجازت تبيّن صحّته لصحّة العقد،

و إلّا تبيّن فساده لفساده، و على التقديرين يستباح المصاهرة إلّا فى الأم.
و قد يقال: لا عبرة بالطلاق مع الجهل بشرطه، فلا يفيد شيئا.
و يحتمل أن يكون أراده المصنف بأن أراد ترتّبه على عقد معلوم الصحة.
و يمكن أن يكون مراده النظر فى إباحته الأم من ترتّبه على عقد لازم أى تام، فلا يخلو إمّا أن يحكم بصحته أو لا.
و على كلّ لم يكن مفيدا للإباحة، إذ على الأوّل يلزم العقد الصحيح على البنت، فلا تحل الام، و على الثانى إن أجازت صح العقد فحرمت الام، و إن فسخت فالحكم ما تقدّم.
و على احتمال الإباحة فيه فإنّما أبيحت لفساد العقد من أصله لا للطلاق، و من أنّه بالنسبة إليه بمنزلة الفسخ قبل اللزوم بل قبل التمامية، و منع توقّفه على اللزوم أو التمامية، فلم يتم العقد على البنت فتحل الام، سواء فسخت بعده أم أجازت.
و إن كان المباشر زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلّا إذا فسخ و هل يحل لها حينئذ نكاح أبيه أو ابنه؟ فيه الوجهان فى إباحة الام بالفسخ، و الطلاق هنا معتبر فإنّه إذا طلّق فقد أجاز قبله فلزم العقد.
و لو أذن المولى لعبده فى التزويج من نفسه صح عيّن المرأة و المهر «١» أو أطلق كما فى المهذب «٢» و التذكرة «٣» و المبسوط «۴» و نفى فيه الخلاف عنه.
و إذا أطلق تناول الحرة و الأمة، فى تلك البلدة و غيرها، إلّا أنّه ليس له الخروج إلى غير بلد مولاه إلّا بإذنه.
ثمّ إن أطلق المرأة و المهر تزوّج من شاء بمهر مثلها أو أقل، و إن عيّن المرأة خاصّة تزوّجها بمهر المثل أو أقلّ و إن عيّن تزوّج به من شاء و إن تزوّج من مهر مثلها دونه و إن عيّنهما تعيّنا.

---

(١) فى ن: أو المهر.

(٢) المهذب: ج ٢ ص ٢٢٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٨٨ س ١٩.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ١۶۶.

و قد يستشكل فى جواز الإطلاق فى الإذن لتفاوت المهر تفاوتا فاحشا فيشكل إلزامه على السيد ما شاء.
و يدفع بأنّ السيد قدم عليه حيث أطلق له الإذن، أو أنّ الإطلاق ينصرف إلى ما يليق بحال العبد و المولى، فلو تزوّج من لا يليق مثلها به أو لا يليق مهر مثلها بالمولى فإمّا أن يبطل أو يصح، و يكون الزائد من مهرها على ما يليق بالمولى على العبد.
و على تقديرى تعيين الزوجة و إطلاقها فإن عيّن المهر تعيّن، كان مهر المثل أو أزيد أو أنقص و إلّا انصرف إلى مهر المثل كما أنّ الإذن فى البيع أو الشراء ينصرف إلى ثمن المثل.

فإن زاد على المأذون على التقديرين فالنكاح صحيح لصحته مع عدم المهر، أو فساده فهنا أولى.
و أمّا المسمّى فالزائد على المأذون فيه فى ذمته يتبع به بعد الحرية كما نص عليه فى المبسوط «١».
استشكل بأنّها إن جهلت بالحال أو الحكم فإنّما رضيت بالمسمّى على أن يكون معجّلا لها فى ذمّة المولى أو فى كسبه، فينبغى أن يقف النكاح أو المهر على إجازة المولى، و إن فسخ المهر يثبت لها الخيار. و لا يندفع بما قيل: من أنّ التقصير منها، لأنّ المهر لا- يكون معجّلا- لها إلّا فى بعض الصور فقد فرطت حيث لم تعرف الحكم، فإنّه مع أنّه لا مدخل له فى بعض الصور يرد عليه أن لا مؤاخذة على الجهل بأحكام المعاملات.
و يمكن تخصيص كلام المصنف بما إذا علمت بالحال و الحكم فلا إشكال.
و أمّا الاستشكال بأنّ ذمة العبد إن صلحت لتعلّق المهر بها فليثبت الجميع فيها، و إلّا فكيف يثبت الزائد، فيظهر الآن اندفاعه.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ۱۶۶.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ١١٠

و الباقى و هو القدر المأذون فيه على مولاه مطلقا، وفاقا لا بنى حمزة «١» و إدريس «٢» و المحقق «٣»، لأنّه يستحق بالعقد. و لو لم يجب على المولى لم يمكن استحقاقه، فإنّ ذمة العبد الآن مشغولة، لا يتعلّق بها شىء إلّا أن يتبع به بعد العتق، و هو يؤدّى إلى حرمانها المهر رأسا إذا لم يعتق، و لذا لم يقل أحد بذلك.
و إذا وجب على المولى لم يكن فرق بين كسبه و غيره، لاشتراك الكلّ فى كونه من ماله، و لا مخصص.
و قيل: فى كسبه إن كان مكتسبا أى فيما يتجدد من كسبه بعد النكاح، و إن أذن له فى النكاح بمهر إلى أجل ففيما يتجدد من كسبه بعد الأجل و إن كان مأذونا فى التجارة، احتمل أن يكون ممّا فى يده أو يكون فى كسبه، و إن لم يكن شيئا منهما فإمّا على المولى و إمّا على ذمته، فيقال لزوجته: إنّ زوجك معسر بالمهر فإن صبرت و إلّا فلك خيار الفسخ، و هو قول الشيخ فى المبسوط «۴» و ابنى البراج «۵» و سعيد «۶» و هو عندى أقوى، لأنّ الأصل براءة ذمة المولى، و الإذن فى النكاح لا يستلزم تعليق لازمه بالذمة، و إنّما يستلزم الإذن فى لازمه، و هو الكسب للمهر و النفقة.
و أيضا فغاية العبد المكتسب إذا أذن فى النكاح أن يصير فى المهر و النفقة بمنزلة الحر المكتسب، و أمّا المأذون فى التجارة فإذنه فيها كأنّه يتضمّن الإذن فى أداء المهر ممّا فى يده و التعويض عنه بكسبه.
و كذا الكلام فى النفقة خلافا و دليلا، إلّا أنّه قال الشيخ: إنّه إن لم يكن مكتسبا قيل: إنّها تتعلّق بذمته، فيقال لزوجته: إنّ زوجك معسر بالنفقة، فإن اخترت أن تقيمى معه حتى يجد و إلّا فاذهبى إلى الحاكم ليفسخ النكاح، و قيل تتعلّق، برقبته، لأنّ الوطء كالجناية و اختاره و قال: و الأوّل أليق بمذهبنا،

---

(١) الوسيلة: ص ٣٠۶.
(٢) السرائر: ج ٢ ص ۶۴٠- ۶۴١.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٧٩.
(۴) المبسوط: ج ۴ ص ١۶۶.
(۵) المهذب: ج ٢ ص ٢٢٠.
(۶) الجامع للشرائع: ۴۴٢- ۴۴٣.

فإن أمكن أن يباع منه كلّ يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل، و إلّا بيع كله كما في الجناية و وقف ثمنه ينفق عليها «١».
و أنت تعلم أنّ النفقة ليست بأولى من المهر في كونه عوض الإتلاف، و أمّا الاعتراض بأنّه إذا بيع انتقل إلى سيّد آخر و الثمن من مال الأوّل، فكيف ينفق منه على زوجته؟ ظاهر الاندفاع، فإنّه يمنع كون الثمن حينئذ من ماله، و إن سلّم فنقول: إنه بالإذن في النكاح ألزم على نفسه الإنفاق على زوجته من ثمنه.
و لو زوّجها الوكيلان، أو الأخوان مع الوكالة من رجلين و إنّما خصّ الأخوين لما فيهما من الخلاف ما ليس في غيرهما صحّ عقد السابق خاصة بلا إشكال و إن دخلت بالثاني فرّق بينهما.
و في المبسوط: أنّ فيه خلافا، و أنّه روى أصحابنا أنّ العقد له، و أنّ الأحوط الأوّل «٢».
و لزمه المهر مع الجهل أي جهلها، و إلّا فهي بغي، و المهر اللّازم مهر المثل على ما في المبسوط «٣» و التحرير «۴» و غيرهما، لفساد العقد الموجب لفساد التسمية.
و احتمل في التذكرة لزوم المسمّى «۵» لأنّهما أقدما راضيين به، و لخبر محمّد بن قيس عن الباقر عليه السّلام: إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام قضى في امرأة أنكحها أخوها رجلا، ثمّ أنكحتها أمها رجلا بعد ذلك، فدخل بها فحبلت، فاحتقّا فيها، فأقام الأوّل الشهود فألحقاها بالأوّل، و جعل لها الصداقين جميعا، و منع زوجها الذي حقّت له أن يدخل بها حتى تضع حملها، ثمّ ألحق الولد بأبيه «۶» [و ليس نصا فيه] «٧».

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ٢٠.
(٢) المبسوط: ج ۴ ص ١٨٢.
(٣) المبسوط: ج ۴ ص ١٨٢.
(۴) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٨ س ۴.
(۵) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٩٧ س ٢٧.
(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١١ ب ٧ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.
(٧) ما بين المعقوفتين لم يرد في «ن».

و لحق الولد به إن حملت و كان جاهلا، كما نصّ عليه في هذا الخبر و اعتدت منه و ردّت بعدها أي العدة إلى الأوّل، و لو اتفقا بطلا لانتفاء المرجّح و امتناع الاجتماع للتضاد.
و لا مهر على أحد و لا ميراث لأحد منهما و لا منه، و نفى في المختلف «١» البعد من أن يكون لها الخيار لزوال ولاية كلّ منهما، لوقوع عقده حال عقد الآخر فيكونان فضوليين.
و قيل: إن كان العقدان من الأخوين لم يبطلا مع الاتفاق، بل يحكم بعقد أكبر الأخوين إلّا أن دخل بها الآخر، و القائل الشيخ في كتابي الأخبار «٢» و اختاره المصنف في المختلف «٣» و ابن سعيد «۴» و ابن حمزة «۵» إلّا أنّه لم يستثن.
و أطلق في النهاية «۶» و القاضي «٧» الحكم بعقد أكبرهما إلّا مع دخول الآخر لا مع سبق عقد الأكبر.
و الظاهر أنّ اتفاق العقدين مراد كما فعله المحقق في النكت «٨». و مستندهم خبر وليد بياع الأسقاط قال: سئل أبو عبد اللّه عليه السّلام و أنا عنده عن جارية كان لها أخوان، زوّجها الأكبر بالكوفة، و زوّجها الأصغر بأرض أخرى، قال: الأوّل بها أولى، إلّا أن

يكون الأخير قد دخل بها، فإن دخل بها فهى امرأته و نكاحه جائز «٩».

و هو مع الضعف لا دلالة له على ذلك، لأنّ الظاهر كونهما فضوليين.

و لو كانا فضوليين استحب لها إجازة عقد الأكبر لما تقدّم و لها أن تجيز عقد الآخر فليحمل الخبر على هذا المعنى.

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٠٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣٨٧ ذيل الحديث ١٥٥٣، و الاستبصار: ج ٣ ص ٢٤٠ ذيل الحديث ٨٥٨.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١١١.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴٣٧.

(۵) الوسيلة: ص ٣٠٠.

(۶) النهاية: ج ٢ ص ٣١٣- ٣١۴.

(٧) المهذب: ج ٢ ص ١٩۵.

(٨) النكت، بهامش النهاية: ج ٢ ص ٣١٣- ٣١۴.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١١ ب ٧ من أبواب عقد النكاح، ح ۴.

و لو دخلت بأحدهما قبل الإجازة باللفظ و نحوه ثبت عقده و بطل عقد الآخر، لأنّه أقوى الإجازات، فلذا خصّ فى الخبر الدخول بالذكر، و لا فرق بين اتفاق العقدين و ترتّبهما، بل الترتّب أظهر فى الخبر، لبعد الاتفاق و العلم به مع وقوعهما فى بلدين، على أنّ الأوّل فى الخبر هو الزوج الأوّل و المتبادر منه السابق فى العقد.

و لو زوّجته الامّ بالغا رشيدا أو لا فرضى صحّ إلّا على القول بفساد الفضولى و إن ردّ بطل إلّا على القول بولاية الأم.

و قيل و القائل الشيخ فى النهاية «١» و ابن البرّاج «٢»: يلزمها المهر لخبر محمّد بن مسلم سأل أبا جعفر عليه السّلام عن رجل زوّجته امّه و هو غائب، قال:

النكاح جائز، إن شاء المتزوّج قبل، و إن شاء ترك، فإن ترك المتزوّج تزويجه فالمهر لازم لامّه «٣».

و الخبر مع ضعفه و مخالفته الأصول الشرعية يمكن أن يحمل على ادّعاء الوكالة و فيه أيضا نظر، لأنّ المهر إنّما يلزم بالعقد و الوطء، و غاية أمرها أنّها غرّتها بدعوى الوكالة، و هتكت من حرمتها، و فوّتت بضعها، و البضع غير مضمون بالتفويت، إلّا أن تكون قد ضمنته، و يمكن الحمل عليه و إن بعد. و ضمير «يحمل» عائد على لزوم المهر، يعنى الموجود منه فى الخبر أو فى القول.

و لو قال الزوج بعد العقد: زوّجك الفضولى من غير إذن منك و ادّعته أى الإذن حكم بقولها مع اليمين لأنّها تدّعى الصحة، و لأنّ الإذن من فعلها، و لا يعلم إلّا من قبلها، و لا فرق بين القول ببطلان الفضولى فيكون الإذن المتنازع فيه قبل العقد، و القول بوقفه على الإجازة، فيكون صورة النزاع ما إذا صدر عنها بعد العقد قبل النزاع ما دلّ على الكراهة، و إلّا فادّعاؤها إجازة.

و لو ادّعى إذنها متقدّما على العقد أو متأخّرا فأنكرت فإن كان

---

(١) النهاية: ج ٢ ص ٣١٧.

(٢) المهذب: ج ٢ ص ١٩۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۱ ب ۷ من أبواب عقد النكاح، ح ۳.

قبل الدخول قدّم قولها مع اليمين لأنّ الإذن من فعلها، فلا يعلم إلّا منها، و الأصل عدمه، و لا يعارضه أصالة الصحة هنا إلّا على القول ببطلان الفضولى، و إلّا فالأصل عدم البطلان الشامل للوقوف على الإجازة، و هو لا يجدى.

فإن نكلت حلف الزوج و ثبت العقد بخلاف الصورة الأولى، إذ لا يمكنه الحلف، لجواز إذنها و إن لم يطّلع عليه، خصوصا، إذا ادّعته قبل العقد.

و إن كان بعده أى الدخول كان الأقرب تقديم قوله لدلالة التمكين عليه بل الدخول لأنّ الأصل عدم الإكراه و الشبهة، و هذا مبنيّ على أنّ المدعى من يدّعى خلاف الظاهر، و إلّا فالأصل عدم الإذن، و لا يجدى كون الأصل فى الدخول، الشرعية، فإنّه ليس ممّا فيه النزاع، و إنّما الدخول أمر يظهر منه الإذن لأصله.

و لكلّ وليّ و إن كان وكيلا كما فى التحرير «۱» إيقاع العقد مباشرة و توكيلا و فى التذكرة: لا نعرف فيه خلافا «۲»، و لا فرق بين حضور الموكّل و غيبته، و لكن الوكيل لا يجوز له التوكيل، إلّا إذا علم عموم الوكالة نصا أو فحوى أو بشهادة الحال كما فى التذكرة «۳» و الخلاف «۴».

فإن وكّل عيّن له أى للوكيل الزوج أو الزوجة مراعاة للغبطة، و أمّا المهر فينصرف مع الإطلاق إلى مهر المثل.

و هل له جعل المشيّة إليه؟ الأقوى ذلك للأصل، و لأنّه لا يوكّل حينئذ إلّا من له أهلية النظر و المعرفة بطرق المصلحة، فإنّه لا يجوز له إلّا فعل ما فيه الغبطة. خلافا للمبسوط «۵» لأنّ النظر فى مصالح المولّى عليه موكول إليه، و لا دليل على جواز نقله إلى غيره.

و الجواب: يكفى فى نظره توكيل من يعتمد على نظره.

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۷ س ۳۱.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۵۹۵ س ۳۰.

(۳) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۰۲ س ۴.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۲۷۹ المسألة ۴۰.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۰.

و لو قالت الرشيدة لوكيلها: زوّجنى ممّن شئت لم يجز أن يزوّج إلّا من كفؤ فإنّه المفهوم من الإطلاق، و لا سيّما إن اكتفى فى الكفاءة بالإيمان و الإسلام «۱». و فى التذكرة: و لو خطب كفوان أحدهما أشرف، فزوّج الأدون ففى الصحة إشكال، أقربه لا يصحّ «۲».

و لتقل المرأة أو وليها لوكيل الزوج أو وليّه و اكتفى أوّلا- بالولىّ مريدا به ما يشمل الوكيل، و صرّح به أخيرا لإمكان توهّم الاختصاص هنا دون الأوّل: زوّجت من فلان، و لا يجوز أن يقول: منك، و يقول الوكيل: قبلت لفلان، و لو قال: قبلت فالأقرب الاكتفاء لانصرافه إلى ما وقع عليه الإيجاب. و يحتمل العدم، لأنّ المتبادر منه القبول لنفسه، و الغير إنّما يتعيّن بالتعيين، و مكانه من الضعف ظاهر.

و لو قال الموجب: زوّجت منك فقال: قبلت. و نوى كلّ منهما عن موكله، لم يقع عنه و لا عن الموكّل أمّا الأوّل فلعدم القصد

إليه، و أمّا الثانى فلأنّه لا يقال: تزوّج فلان أن نكح وكالة عن فلان، زوّجت منه وكالة [أو زوّجت] «٣» عن فلان.

بخلاف البيع فإنّه يصح قول: منك للوكيل فى الشراء، لأنّه يقال له: إنّه اشترى أو بيع منه وكالة عن فلان، و لذا إذا حلف لا يتزوّج فقبل عنه وكيله حنث، بخلاف ما إذا حلف لا يشترى فاشترى وكيله، و إذا قبل النكاح عن غيره بادعاء الوكالة فأنكر الموكّل بطل النكاح، بخلاف ما إذا اشترى كذلك فإنّه يقع البيع منه.

و السرّ فيه أنّ البيع و الشراء إنّما هما معاوضة لا يقع إلّا بين المتعاقدين، بخلاف الإنكاح و التزويج فإنّهما جعلها زوجة، و هى لا تصير إلّا زوجه للزوج لا لوكيله.

و فى التذكرة: إنّ الزوجين بمنزلة العوضين فى البيع، فلا بدّ من ذكرهما كما

---

(١) فى «ن»: أو الإسلام.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٠١ س ٤٠.

(٣) ما بين المعقوفتين ليس فى «ن».

لا بدّ من ذكر العوضين، و أنّ المبيع يقبل النقل، فيجوز انتقاله من الوكيل إلى الموكل، بخلاف البضع «١».

و يجب على الولىّ التزويج مع الحاجة فإنّ شأنه النظر للمولّى عليه، و للزوم الحرج إن لم يزوّج، و لا فرق بين الصغير و الكبير عند الحاجة، إلّا أنّها لا يتحقّق غالبا فى الصغير، و لذا يقال: إنّه لا يجب عليه إلّا تزويج الكبير، لعدم الحاجة للصغير.

و لو نسى السابق بالعقد من الوليين و منهما الوكيلان على اثنين ففى المبسوط «٢» و التحرير «٣»: إنّه يوقف النكاح حتى يستبين، لأنّه إشكال يرجى زواله. و فيه: أنّه ربّما لم يزل، و فيه إضرار بها عظيم، و لذا احتمل هنا و فى التذكرة «۴» القرعة لأنّها لكلّ أمر وقع، و أشكل علينا، و الأمر هنا كذلك.

فيؤمر من لم تقع له القرعة بالطلاق، ثمّ يجدّد من وقعت له النكاح لوجوب الاحتياط فى الفروج، و عدم إفادة القرعة العلم بالزوجية مع أصالة عدمها.

و يحتمل إجبار كلّ منهما على الطلاق من غير قرعة، لتوقّف اندفاع الضرر عليه، و عدم المخصص لأحدهما بالإجبار على الطلاق.

و يشكل الإجبار على الطلاق فى الاحتمالين ببطلان الطلاق مع الإجبار إلّا بدليل شرعى، و قد يدفع بوجود الدليل لنفى الضرر «۵» و الحرج «۶» و قوله تعالى «فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ» «٧» و الواقع بإجبار «٨» الحاكم بمنزلة الواقع اختيارا.

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٠٢ س ١٧.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ١٨١.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٨ س ۵.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۵٩٨ س ٢.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٧۶ ب ١ من أبواب موانع الإرث ح ١٠.

(۶) المائدة: ۶، و الحج: ٧٨.

(٧) البقرة: ٢٢٩.

(٨) فى ن: «بجبر».

و يحتمل فسخ الحاكم [و هو أقوى] «١» إمّا بعد القرعة أو بدونها، لدعاء الضرورة إليه، و السلامة من الإجبار على الطلاق، و غايته تساويهما.

و لو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب أنّه لا يكفى مجردا و لا مع طلاق الآخر أو فسخه، بل لا بد من أن يجدد نكاحه بعد فسخ النكاح الآخر بالطلاق أو بفسخ الحاكم، لأنّ الاختيار لا يفيد صحة النكاح.

و ربّما يحتمل الاكتفاء بالفسخ و الاختيار، لتصادقهما على الزوجية، و لوقوع العقد له يقينا، و عدم العلم بفساده مع انتفاء المعارض بالفسخ، و ضعفه ظاهر، إذ لا يجدى التصادق بدون العقد الصحيح، و المتيقّن إنّما هو عقد لا يعلم صحته، و الأصل و الاحتياط ينفيان الزوجية.

فإن أبت الاختيار لم تجبر عليه كما يتوهّم ذلك، لأنّ أحدهما زوج لها قطعا.

و كذا لو أبت نكاح من وقعت له القرعة لعدم العلم فى كلّ منهما مع القرعة و بدونها بأنّه زوج لأنّ القرعة أمارة ضعيفة، و لذا يحتاج إلى التجديد بعدها، و مع انتفاء العلم ليس لأحد منهما بعينه عليها حق ليجبر على اختياره.

و كذا الاحتمالات و ما يتفرّع عليها تجرى لو جهل كيفية وقوعهما من السبق و الاقتران، سواء جهلت أوّلا أو نسيت. و فى التحرير «٢» و المبسوط «٣»: انّهما يبطلان، لاحتمال المعيّة، و الأصل حرمة البضع إلى أن يتيقّن النكاح الصحيح.

و هو مخالف للاحتياط فى الفروج، لوقوع الشك فى صحة نكاح آخر إذا أوقع، لاحتمال صحة أحد النكاحين السابقين لترتبهما، مع أنّه الظاهر عادة، و لذا كان الأرجح أحد الاحتمالات الآخر.

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس فى «ن».

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٨ س ٤.

(٣) المبسوط: ج ٤ ص ١٨١.

و قوّى فى التذكرة الإجبار على الطلاق، ثمّ استشكل بالإجبار «١».

أو علم أنّ أحدهما قبل الآخر لا بعينه.

و ما فى المبسوط و التحرير من بطلانهما حينئذ أضعف منه فيما قبله، للعلم بوقوع نكاح صحيح.

و عليهما النفقة إلى حين الطلاق أو الفسخ بالتوزيع كما فى التذكرة «٢» أو كفاية كما قيل «٣». على إشكال من أنّها محبوسة عليهما ممكّنة، و المنع من الشرع، و من أنّ أحدا منهما لا يتمكّن من الاستمتاع، و لا يعلم زوجيته، و النفقة تابعة لها، و الأصل عدم الوجوب، و لا معنى للتوزيع، فإنّ الزوجية ليست بالتوزيع فكيف توزع النفقة التابعة لها؟! و لا للكفاية فإنّها فيما يجب أصالة على كلّ واحد منهما، و يسقط عنه بفعل الآخر و ليست كذلك.

و الحقّ أنّ وجوبها على تقدير احتمال الاقتران ضعيف جدا، لعدم العلم بزوجيته أصلا، و لذا خصّ فى الشرحين احتمال وجوبها بصورة العلم بالترتب «٤» و مع الترتّب يمكن التوزيع و إن لم تتوزّع الزوجية، فإنّه لضرورة امتناع الترجيح بلا مرجّح.

و أمّا القول بالوجوب الكفائى فعلى تعلّقه بواحد غير معيّن لا إشكال فيه، و على القول بالوجوب على كلّ نقول الأمر هنا كذلك، فإنّ التكليف تابع لعلم المكلف، و لمّا لم يعلم أحد منهما لحوق عقده وجبت عليه، و ربّما قيل بالقرعة، و يشكل بأنّها

إثبات المعلول مع الجهل بالعلّة، و على التوزيع إن ظهر السابق فهل يرجع عليه اللاحق بما أنفق؟ وجهان: من وجوبها عليهما شرعا بالتوزيع. و من أنّه أنفق على زوجة الغير لا متبرّعا، و هو الأقوى، لأنّ التوزيع كان لضرورة الجهل.

و احتمل فى التذكرة عدم الرجوع إذا أنفق بغير إذن الحاكم «5».

---

(1) تذكرة الفقهاء: ج 2 ص 597 س 38.

(2) تذكرة الفقهاء: ج 2 ص 598 س 14.

(3) قاله صاحب إيضاح الفوائد: ج 3 ص 38.

(4) إيضاح الفوائد: ج 3 ص 37، كنز الفوائد: ج 2 ص 332.

(5) تذكرة الفقهاء: ج 2 ص 598 س 14.

و لو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه لأنّه حقّ لازم، فجاز الحبس حتى يؤدّياه. و احتمل فسخ الحاكم لبطلان الطلاق بالإجبار.

و لا طريق إلى دفع الضرر إلّا فسخه. أو فسخ المرأة لأنّها تفسخ بالعيب، للضرر، و الضرر هنا أشد.

و ربّما قيل فى معنى العبارة: أنّه احتمالان: الأوّل: التخيير بين الحبس و الفسخ، و الآخر: فسخها، فإنّ الحق إذا لزم تخيّر الحاكم بين الحبس عليه و استيفاءه بنفسه.

و اعلم أنّه يحتمل أن يكون لكلّ من الزوجين الفسخ أيضا كما يفسخ بعيبها.

و على كلّ تقدير من الطلاق إجبارا و فسخ الحاكم أو المرأة ففى ثبوت نصف المسمّى من المهر إن علم الترتّب إشكال ينشأ من أنّه طلاق قبل الدخول فيشمله عموم النص «1» و الفسخ أيضا هنا فى حكم الطلاق، لأنّه بدل منه.

و من إيقاعه بالإجبار فأشبه فسخ النكاح، لأجل العيب و الفسخ أظهر.

و يمكن الاستشكال فيما إذا طلّقا اختيارا، لأنّه هنا فى حكم الطلاق إجبارا، لأنّه للضرورة، فأشبه فسخ العيب، و يمكن تعميم «كلّ تقدير».

و ذكر الشارحون: أنّ الإشكال إنّما هو على تقدير الطلاق دون الفسخ «2».

فالمراد جميع تقادير الطلاق بالإجبار.

فإن أوجبناه فإنّما يجب على أحدهما، لأنّه الزوج، و لمّا لم يتعيّن افتقر إلى القرعة فى تعيين المستحق عليه إن لم يقرع للزوجية، و إلّا تعيّن على من وقعت له، و يحتمل مطلقا، لأنّه لم يتعيّن بالقرعة زوجا ليتعيّن عليه المهر، و إنّما فائدتها زيادة الاحتياط فى الفرج، لاحتمال أن يقع «3» الطلاق إجبارا.

---

(1) فى الطبعة الحجرية: «التخصيص».

(2) إيضاح الفوائد: ج 3 ص 38، كنز الفوائد: ج 2 ص 332، جامع المقاصد: ج 12 ص 179.

(3) فى ن: أن لا يقع.

و قطع فى التذكرة بانتفاء المهر، إذ لا سبيل إلى إثبات مهرين لها، و لا إلى القسمة بينهما «1» مع أنّ الأصل فى كلّ منهما البراءة.

اصـفهانى، فاضل هنـدى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسـلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌۷، ص: ۱۲۰

و لو ادعى كـلّ منهمـا السـبق و علمهـا به و لا بيّنـۀ فإن أنكرت العلم حلفت على نفيه، فيسـقط دعواهما عنها و هل تحلف يمينين مطلقـا أو يمينا واحـدۀ مطلقـا، أو واحـدۀ إن حضـرا معا و إلّا فيمينين؟ أوجه. [أوجهها الأوّل: إن افترقا فى الإحلاف] «۲» و يبقى التداعى بينهما فإمّا أن يحلفا أو ينكلا أو يفترقا.

و لو أنكرت السبق و ادّعت الاقتران حلفت لأنّها منكرۀ للزوجيۀ.

و يحكم إذا حلفت بفسـاد العقـدين لثبوت الاـقتران بيمينها، و ليست من قبيل مال يتـداعاه اثنان، فإنّ التـداعى بينهما إنّما هو بعد التداعى بينهما و بينها، فإذا انقطع الثانى انقطع الأوّل، و يشـكل بأنّهما يدعيان الصحۀ و هى الفساد، و مدعى الصحۀ مقدّم، مع أن الاقتران خلاف الظاهر.

و إن نكلت ردّت اليمين عليهمـا، فـإن حلفـا معـا كلّ على عـدم سـبق الآخر أو نكلا بطل النكاحان أيضا كما فى المبسوط «۳» و الأصح أنّه حينئذ من باب الجهل بالكيفيۀ، فيجرى فيه ما تقدّم.

و إن حلف أحدهما و نكل الآخر حكمنا بصحۀ نكاح الحالف و الظاهر أنّه يحلف على السبق أو على عدم الاقتران و سبق الآخر جميعا، فإنّ أحدهما لا يفيد الصحۀ.

و إن اعترفت لهمـا دفعـۀ بـأن قالت: كلّ منهما سابق احتمل الحكم بفساد العقـدين كما فى المبسوط «۴» و قـال به بعض الشافعيۀ «۵». بناء على ما يأتى: من أنّها إن اعترفت لأحدهما ثبت نكاحه، فاعترافها لهما بمنزلۀ تعارض البيّنتين أو اليمينين.

---

(۱) تذكرۀ الفقهاء: ج ۲ ص ۵۹۸ س ۱۴.

(۲) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۲.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۲.

(۵) مغنى المحتاج: ج ۳ ص ۱۶۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۲۱

و الأـقرب مطالبتهـا بجواب مسـموع، لأنّهـا أجـابت بسـبق كـلّ منهمـا و هو محـال و جوابهـا إن أثبت الـدعوى فإنّمـا هو إذا كان مسموعا، و لو سلم فغايته أن يكون كما لو حلفا أو نكلا، و قد عرفت أنّ الأصح عدم الفساد.

و إن اعترفت لأحـدهما ثبت نكـاحه كما فى المبسوط «۱» سواء اعترفت بعـده للآـخر أم لا على إشـكال ينشأ من أنّ الزوجين إذا تصادقا على الزوجيـۀ ثبتت، و لم يلتفت إلى دعوى الزوجيـۀ من آخر إلى أن يقيم البيّنـۀ، و أنّها بمنزلـۀ من فى يـده عين تداعاها اثنان فاعترف لأحـدهما. و من كون الخصم هو الزوج الآخر و لا يسـمع إقرارها فى حقّه حينئـذ «۲» فإقرارها مسموع فى حقها، و يبقى التداعى بين الرجلين.

و الفرق بينه و بين من ادّعى زوجيّـۀ امرأۀ عقـد عليها غيره [أو تصادقا سابقا على الزوجيّۀ من غير معارض] «۳» إنّ التداعى بينهما

قد سبق اعترافها، فيقع الإشكال فى أنّ اعترافها هل يقطع التداعى مع تعلّقه بحقّ الغير و مساواته لحقّ المقرّ له؟ «۴» و إليه أشار بالحصر فى قوله: «هو الزوج الآخر». و به يندفع ما قيل من أنّه لا حقّ له عليها فإنّه مشروط بالسبق و هو مجهول.

و على الأوّل هل عليها أن تحلف للآخر؟ فيه إشكال ينشأ من وجوب غرمها لمهر المثل للثانى لو اعترفت له بعد اعترافها للأوّل، لأنّها فوّتت عليه بضعه و عدمه لأنّ البضع منفعة و منافع الحر لا تضمن، فإن وجب حلفت، لأنّها و الزوج الآخر بمنزلة المتداعيين فى مهر المثل، فلا بد أن تحلف، فإن نكلت و حلف ثبت له مهر المثل، و إن لم يجب لم تحلف، لعدم الفائدة.

و الاعتراض بأنّه لما ثبت النكاح باعترافها للأوّل لم يسمع دعوى الثانى

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۱۸۲.

(۲) فى ن: و حينئذ.

(۳) ما بين المعقوفتين لم يرد فى ن.

(۴) فى ن زيادة: و الفرق بينه و بين ما إذا تصادقها على الزوجية من غير معارض ثمّ ظهر المعارض واضح.

بوجه و إن أقرّت له. ظاهر الاندفاع، فإنّها لا تسمع فى الزوجية، لأنّها حقّ الغير و قد ثبت له فلا ينتزع، و المراد هو السماع لغرم المهر.

و ما قيل: من أنّ عليها اليمين إن قلنا بأنّها لو نكلت و حلف الثانى انتزعت من الأوّل فلا ينحصر وجه حلفها فيما ذكر. لا وجه له، فإنّ الحكم بالانتزاع مبنىّ على وجوب الحلف، فلا يصح العكس.

و كذا الإشكال فى غرم المهر لو ادعى زوجيّتها اثنان فإن اعترفت لأحدهما ثمّ للآخر و هذا كلام وقع فى البين فإن أوجبنا عليها اليمين حلفت على البتّ إن شاءت، و على نفى العلم إن شاءت، فيكفى ذلك فى ثبوت النكاح للأوّل و انتفاء الغرم للمهر عنها.

فإن نكلت حلف الآخر، فإن قلنا اليمين مع النكول كالبيّنة انتزعت من الأوّل للثانى، لأنّ البينة أقوى من إقرارها و فيه: أن يمينها إنّما كانت لدفع الغرم عن نفسها فحلفه بعد نكولها إنّما هو كالبيّنة فى إثبات مهر المثل له لا الزوجيّة، فإنّها حقّ الغير، فلا ينتقل إليه بنكولها، و لا ينفع تبعية المهر للزوجية.

و إن جعلناه إقرارا ثبت نكاح الأوّل لأنّه لم يعارض إقرارها إلّا إقرار لها متأخّر، و هو لا يصلح للمعارضة و غرمت المهر للثانى على إشكال فى كلّ من الثبوت و الغرم، ممّا «۱» تقدّم، و فى اجتماعهما من التنافى، و لكنه ضعيف ظاهر الاندفاع.

---

(۱) فى ن: بما.

[الباب الثالث فى المحرّمات]

اشارة

الباب الثالث فى المحرّمات التحريم إمّا مؤبّد، أو لا و لذا كان فيه مقصدان «۱»

[المقصد الأول فى التحريم المؤبد]

اشارة

الأوّل فى التحريم المؤبّد

[الأوّل النسب]

و سببه إمّا نسب أو سبب آخر، و قد صار اسم السبب فى العرف حقيقة فيه.

القسم الأوّل: النسب و تحرم به باتّفاق المسلمين الامّ و إن علت، و هى كلّ أنثى ينتهى إليها نسبه بالولادة و لو بوسائط لأب كانت أو لام.

و البنت و هى كلّ من ينتهى إليك نسبها بالولادة، و اكتفى بالأوّل و لم يقل «إليه» كما قال فى الأوّل نسبه، إذ قد يتوهّم عوده إلى الموصول و عود ضمير نسبها إلى البنت. و لو بوسائط لابن أو لبنت و إن نزلت أى و إن أوغلت فى النزول، أو و إن نزلت الوسائط ليفيد معنى جديدا، و كان الأظهر تقديمه كقوله:

و إن علت.

و يدخل فيها بنات الابن و إن نزلن أو نزل الابن.

و الأخت لأب أو لامّ أو لهما و بناتها و منهن بنات أولادها

---

(۱) فى القواعد: فهنا مقصدان.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۱۲۴

ذكورا و إناثا «۱» و إن نزلوا أو نزلن.

و بنات الأخ لأب كان أو لام أولهما و منهن بنات أولاده و إن نزلوا أو نزلن.

و العمّة و هى أخت الأب لأب كانت أو لامّ أو لهما و إن علت كعمّة الأب أو الأم أو الجدّ أو الجدّة، لا عمّة العمّة، لعدم الاطراد.

و الخالة و هى أخت الأمّ لأب كانت أو لامّ أو لهما و إن علت كخالة الأب أو الأم لا خالة الخالة.

و لا يحرم أولاد الأعمام و الأخوال اتفاقا.

و الضابط فى المحرّمات بالنسب أنّه يحرم على الرجل أصوله و فروعه، و فروع أوّل أصوله و هن الأخوات و بناتهن، و بنات الأخ، و لا شبهة فى عدم دخول بنات الأعمام و الأخوال، و لا بنات العمّات و الخالات. و أوّل فرع من كلّ أصل و إن علا و هن العمّات و الخالات و الأخوات، و لكن لا يدخل بناتهن و لا بنات الأخ.

و لو أريد خروج الأخوات قيل: و أوّل فرع من كلّ أصل بعد الأصل الأوّل كما فى التذكرة «۲» و التحرير «۳». و الأوجز أن يقال: يحرم كلّ قريب إلّا أولاد العمومة و الخؤولة.

و يحرم على المرأة مثل ما يحرم على الرجل فهو ضابط محصّله أنّه يحرم عليها من لو كانت رجلا و هو امرأة حرمت عليه كالأب و إن علا، و الولد و إن نزل، و الأخ و ابنه، و ابن الأخت، و العمّ و إن علا، و كذا الخال «۴».

و النسب إنّما يثبت شرعا بالنكاح أى الوطء الصحيح و وطء الشبهة دون الزنا، لكن التحريم عندنا يتبع اللغة، فلو ولد له من الزنا

---

(١) فى ن: أو إناثا.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦١٣ س ٣٥.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٨ س ٢٩.

(۴) فى ن زيادة: و الكاف زائدة أو المثال كلّ منها.

بنت حرمت عليه و يحرم على الولد من زنا الام وطء امه و إن كان الولد فى الصورتين منتفيا عنهما شرعا و الدليل عليه الإجماع، كما هو الظاهر، و صدق الولد لغة، و الأصل عدم النقل، و علّله ابن إدريس بالكفر «١».

و فى تحريم النظر إلى بنته من الزنا أو نظر الابن من الزنا إلى امه و بالعكس فيهما و ما يتفرع على ذلك إشكال من التولد حقيقة و صدق الابن و البنت لغة مع أصالة عدم النقل، و من انتفاء النسب شرعا [مع الاحتياط] «٢» و عموم الأمر بالغضّ.

و كذا فى العتق إن ملك الفرع أو الأصل و الشهادة على الأب إن قبلت منه على غيره و القود به من الأب. و تحريم الحليلة له على أبيه و حليلة الأب عليه و غيرها من توابع النسب كالإرث و تحريم زوج البنت على أمها، و الجمع بين الأختين من الزنا، أو إحداهما من الزنا، و حبس الأب فى دين ابنه إن منع منه، و الأولى الاحتياط فيما يتعلق بالدماء أو النكاح. و أمّا العتق فالأصل العدم مع الشك فى السبب، بل ظهور خلافه، و أصل الشهادة القبول.

و لو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق فهو أى الولد للأوّل و هو المطلق إن لم ينتف عنه بناف، و ليس بأولى منه أن يقال: من حين دخول الثانى، إذ ربما يجهل.

و لو ولدت لستة أشهر من وطء الثانى زوجا أو غيره فهو له مضى من وطء الأوّل أكثر من أقصى مدّة الحمل أم لا كما يختاره، و لذا أطلقه.

و لو كان الولادة لأقل من ستة أشهر من وطء الثانى و لأكثر من أقصى مدّة الحمل من وطء الأوّل انتفى عنهما، و لو كان لستة فصاعدا من وطء الثانى و لأقل من أقصى المدّة أو لأقصاها من وطء الأوّل قيل فى المبسوط بالقرعة و أنّه كذلك عندنا «٣» مشعرا بالإجماع و اختاره

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٥٢۶.

(٢) ليس فى ن.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ٢٠۵ و ٢٧٢- ٢٧٣.

فخر الإسلام «١» لإمكانه منهما.

و الأقرب أنّه للثانى وفاقا للمحقق «٢» للأخبار «٣» و لرجحانه بالفراش الثابت، و أصالة العدم.

و اللبن تابع للولد، فمن الحق به فاللبن له. و لذا لو نفى الولد باللعان تبعه اللبن فى الانتفاء فإن أقرّ به بعده عاد نسبه و ورث و تبعه اللبن و لا يرث هو الولد لأنّه مأخوذ بإقراره، و لا يؤخذ غيره بإقراره.

و منه يظهر احتمال أن يكون عود النسب و حكم اللبن مخصوصا بما على الملاعن لا غير، و يحتمل الإطلاق فيهما، و يكون حرمانه عن الإرث مؤاخذة له على اللعان.

[الثانى السبب]

اشارة

القسم الثانى: السبب و يحرم كلّ من الرجل و المرأة على الآخر أو يحصل الحرمة بينهما منه أى السبب حاصلا بالرضاع و المصاهرة بالنكاح أو الوطء بالملك أو التحليل أو الشبهة أو الزنا على وجه، و منها حرمة زوجة كلّ من الأب و الابن و موطوءته على الآخر. و التزويج فى العدة أو الإحرام، و مع الطلاق تسعا يتخللها زوجان. و الزنا بذات البعل أو فى العدة و شبهه و هو اللواط، و الدخول بالصغيرة مع الإفضاء، و الدخول بالمعقودة فى الإحرام [أو العدّة] «۴» مع الجهل. و اللعان و شبهه و هو القذف للزوجة الخرساء أو الصمّاء.

فهنا فصول ثلاثة، لأنّ كلّا من الرضاع و المصاهرة كثير المباحث يليق بأفراد فصل له، بخلاف الباقى.

---

(۱) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۲۵۹- ۲۶۰.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۴۰.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۸۳ ب ۷۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۴) ليس فى ن.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۲۷

[الفصل الأوّل الرضاع]

اشارة

الفصل الأوّل: الرضاع و يحرم به ما يحرم بالنسب بالنص «۱» و الإجماع فالأم من الرضاع محرّمة، و لا تختص الام بالرضاع فى الفتاوى بمرضعة الطفل و إن اختص بها الكتاب بل كلّ امرأة أرضعتك أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها بالأب أو الأمّ أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى بالأب أو الأمّ فهى أمّك من الرضاعة، و بالجملة فالمراد بها الامّ و إن علت، و ما ذكر بيان لعلوّها.

و إذا كانت هؤلاء أمّهات «۲» فأخت المرضعة خالتك و أخوها خالك فإنّ امومتهن دلّت على أنّها بمنزلة الأم بالنسب، و لو أتى بالواو كان أظهر و كذا سائر أحكام النسب.

و لا يرد على شي‌ء منها أنّه إنّما يثبت التحريم فيه لو أطلق عليه ذلك الاسم حقيقة، و هو ممنوع فى بعضها كالخال و الخالة، فإنّه لا يضر بعد ثبوت الحكم «۳» [نصا أو إجماعا، و لعلّه لا خلاف فيه] «۴». نعم يتجه إن اقتصر فى إثباته على ما دل على أنّه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، [و ستسمع النص على العم و العمة، و الخال و الخالة] «۵».

و لو امتزجت أخت رضاع أو نسب أو نحوها ممّن يحرم عليه بأهل قرية كبيرة أى بعدد غير محصورة عادة جاز أن ينكح واحدة منهن إذ لا حرج فى الدين و لا ضرر، كما لا يجب الاجتناب عن النجس المشتبه بغير المحصور، و لو وجب التجنب لزم التجنب

عن نساء سائر البلدان لجواز مسافرتها، و إن كان الأولى التجنب إن أمكن.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۰ ب ۱ من أبواب ما حرم بالرضاع.

(۲) في ن: لأمّهات.

(۳) في ن زيادة: و سيأتي إثباته.

(۴) لم يرد في ن.

(۵) لم يرد في ن.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۲۸

و لو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع من باب المقدّمة و يثبت بالرضاع المحرميّة كالنسب اتفاقا، فإنّ كلّ من يحرم بنسب أو سبب مباح فإنّه يصير محرما بالاتفاق كما يظهر فللرجل أن يخلو بامه و أخته و بنته و غيرهن ممّن يحرم بالرضاع كالنسب.

و لا يتعلق به التوارث اتّفاقا و لا استحقاق النفقة فإنّهما معلّقان على أسامي هي حقائق في القربات النسبية. و في العتق قولان مضيا في البيع مع اختيار العتق.

و النظر في الرضاع يتعلّق بأركانه و هي الفاعل و المفعولان و شروطه في ثبوت الأحكام من الحرمة و غيرها و أحكامه فهنا ثلاثة مطالب:

[المطلب الأوّل في أركانه]

اشارة

المطلب الأوّل في أركانه، و هي ثلاثة:

[الركن الأول المرضعة]

الأوّل الفاعل.

و هي المرضعة و التاء لإرادة الحدوث و هي كلّ امرأة حيّة حامل حين الإرضاع أو قبله بحيث يكون اللبن من حملها ذلك عن نكاح أو وطء صحيح بالعقد أو الملك أو التحليل أو شبهة فلا حكم للبن البهيمة أي غير الآدمية عندنا و عند أكثر أهل العلم.

فلو ارتضعا أي الطفلان من لبنها لم يحرم أحدهما على الآخر فضلا عمّا يتبعهما من سائر المراتب. و لا للبن الرجل اتفاقا منّا و كذا الخنثى، للأصل و لا الميتة بالاتفاق أيضا كما يظهر من التذكرة «۱»، و إن ارتضع حال الحياة و أكمل القدر المعتبر حال الموت باليسير و لو جرعة.

و تردّد المحقق «۲» في اشتراط الحياة من خروجها بالموت عن التحاق

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۱۵ س ۷.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۸۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۲۹
الأحكام بها فصارت كالبهيمة، و أنّها لم ترضعه، فخرجت عن «أُمَّهاتُكُمُ اللّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ» و دخلت فى «أُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذلِكُمْ». و أمّا النائمة و الغافلة فإنّما ألحقت بالذاكرة العامدة بالدليل، و من عموم نحو: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

و لو درّ لبن امرأة من غير نكاح لم ينشر حرمة و لا تعلق به شي‌ء من الأحكام بالاتفاق و الأصل و النص سواء كانت بكرا أو لا ذات بعل أو لا صغيرة كانت أو كبيرة خلافا لبعض العامة «۱» حيث فرقوا تارة بين البكر و غيرها، و اخرى بين الصغيرة و الكبيرة.

و لا يشترط وضع الحمل بل إنّما يشترط كون اللبن عن الحمل بالنكاح وفاقا للمحقق «۲» على ما يظهر من كلامه، و لموضع من المبسوط على ما فهمه فى التذكرة «۳» [و دليله العمومات. و القول الآخر الاشتراط و هو مختاره فى التحرير «۴» و إليه مال فى التذكرة «۵»] «۶». و فى الخلاف «۷» و السرائر «۸» و الغنية «۹» الإجماع عليه. و يدل عليه الأصل، و أنّ يعقوب بن شعيب سأل الصادق عليه السّلام عن امرأة درّ لبنها من غير ولادة فأرضعت ذكرانا و إناثا أ يحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع؟ فقال: لا «۱۰».

و لو أرضعت من لبن الزنا لم ينشر حرمة إجماعا أمّا الشبهة فكالصحيح على الأقوى وفاقا للأكثر، للعمومات «۱۱». و تردد ابن إدريس «۱۲»

---

(۱) راجع المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۲۰۶.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۸۲.

(۳) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۱۷ س ۱۵.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۹ س ۱.

(۵) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۱۷ س ۲۱.

(۶) ليس فى ن.

(۷) الخلاف: ج ۵ ص ۱۰۸ المسألة ۲۲.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۵۲۰.

(۹) الغنية: ص ۳۳۶.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۰۲ ب ۹ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۲.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۰ ب ۱ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(۱۲) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۳۰
من ذلك، و لحوقها بالصحيح فى سائر الأحكام من نحو النسب و العدة. و من الأصل، و صحيح ابن سنان سأل الصادق عليه السّلام عن لبن الفحل، فقال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك ولد امرأة أخرى فهو حرام «۱». فإنّ «امرأتك» لا يشمل الموطوءة شبهة، و ربّما يستدلّ به على اشتراط الولادة أيضا، إذ لا ولد حيث لا ولادة، و على المختار إن اختصت الشبهة بأحدهما اختص به تأثير الرضاع.

و لا يشترط فى نشر الحرمة إذن المولى فى الرضاع و إن كان حراما لكون اللبن مملوكا له، و أولى منه أن لا يشترط إذن الزوج إذ ليس اللبن ملكا له و لا حرمة لإرضاعها إلّا على بعض الوجوه.

و لو طلّق الزوج و هى حامل منه أو مرضع فأرضعت من لبنه ولدا نشر الحرمة كما لو كانت تحته فى العدة أم بعدها، طال الزمان أم قصر، استمر اللبن أم انقطع ثمّ درّ، طال الانقطاع أم قصر، كما يعطيه كلام التذكرة «٢». و فيه تأمّل، إذ ربّما طال حتى علم أنّه درّ بنفسه لا من الأوّل.

و لو تزوّجت بغيره و دخل الثانى و حملت و لم يخرج الحولان من ولادة الأوّل، و إنّما قيّد به ليتمّ على اعتبارهما فى ولد المرضعة أيضا و إن لم يكن مختاره كما سيأتى. و أرضعت من اللبن «٣» الأوّل نشر الحرمة من الأوّل قطعا، فإنّه من نكاحه و يعلم الكون من لبنه أو لبن الثانى ممّا ذكره بقوله: أمّا لو انقطع انقطاعا بيّنا ثمّ عاد فى وقت يمكن أن يكون للثانى فهو له دون الأوّل وفاقا للشيخ «۴» فإنّ الانقطاع البيّن دلّ على تغاير البنين حيث وجد سبب آخر للّبن، بخلاف ما إذا لم يوجد، كما لو لم تحمل أو لم تتزوّج فإنّه يحكم بالاتحاد، مع أنّك قد عرفت أنّ الحكم بالاتحاد فيه أيضا مع طول الانقطاع محل تأمّل. و حدّد وقت إمكان كونه للثانى بمعنى أربعين يوما من الحمل.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٩۴ ب ۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۴.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶١۶ س ٣٣.

(٣) فى ن: لبن.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ٣١١.

و لو اتصل حتى تضع من الثانى كان ما قبل الوضع للأوّل زاد عمّا قبل الحمل أو لا، لأنّ الأصل عدم الحدوث من الثانى، و كما يزيد بالحمل يزيد بدونه، خلافا لبعض العامة «١» و ما بعده للثانى بإجماع أهل العلم، لأنّ ولادة الثانى أقوى من أصالة استمرار لبن الأوّل.

و يستحبّ أن استرضع «٢» اختيارا العاقلة المؤمنة العفيفة الوضيئة للأخبار «٣» و لما علم منها، و بالتجربة من أنّ الرضاع يؤثر فى الطباع.

و لا ينبغى أن يسترضع «۴» الكافرة لفحوى قول الباقر عليه السّلام فى حسنة محمّد بن مسلم: لبن اليهودية و النصرانية و المجوسية أحبّ إلىّ من لبن ولد الزنا «۵». و أمّا الجواز فللأصل، و لهذا الخبر و غيره كخبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه سأل الصادق عليه السّلام هل يصلح للرجل أن ترضع له اليهودية و النصرانية و المشركة؟

قال: لا بأس، و قال: امنعوهن من شرب الخمر «۶».

فإن اضطرّ استرضع الكتابية استحبابا أى اليهودية و النصرانية و منعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير لصحيح سعيد بن يسار عن الصادق عليه السّلام قال: لا تسترضع للصبىّ المجوسية و تسترضع له اليهودية و النصرانية، و لا يشربن الخمر يمنعن من ذلك «٧». و خبر عبد اللّه بن هلال سأله عن مظائرة المجوس؟ فقال: لا، و لكن أهل الكتاب «٨». و قال: إذا أرضعن لكم فامنعوهن من شرب الخمر «٩». و لخبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه المتقدم و لما

---

(١) المجموع: ج ١٨ ص ٢٢۶.

(٢) فى القواعد: تسترضع.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١٨٧ و ١٨٩ ب ٧٨ و ٧٩ من أبواب أحكام الأولاد.

(۴) فى القواعد: تسترضع.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۸۵ ب ۷۶ من أبواب أحكام الأولاد ح ۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۸۶ ب ۷۶ من أبواب أحكام الأولاد ح ۵.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۸۵ ب ۷۶ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۸۶ ب ۷۶ من أبواب أحكام الأولاد ح ۳.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۸۶ ب ۷۶ من أبواب أحكام الأولاد ح ۴.

سيأتى من صحيح الحلبى، و لحرمة سقى الطفل المسكر، للأخبار «۱» و لبن من يشربه قريب منه، و ظاهر الأمر فى الأخبار الوجوب، و الظاهر جواز الإكراه على المنع إن اشترط عليهن التجنّب إن لم نقل بجوازه مطلقا من باب النهى عن المنكر، إذ لا فرق فى التكليف بين المسلم و غيره. و يكره أن يسلّمه إليها لتحمله إلى منزلها لأنّها غير مأمونة، و ربّما سقته مسكرا أو لحم خنزير، و لصحيح الحلبى قال: سألته عن رجل دفع ولده إلى ظئر يهودية أو نصرانية أو مجوسية ترضعه فى بيتها أو ترضعه فى بيته، قال: ترضعه لك اليهودية و النصرانية و تمنعها من شرب الخمر و ما لا يحل مثل لحم الخنزير، و لا يذهبن بولدك إلى بيوتهن «۲».

و استرضاع من ولادتها التى منها اللبن عن زنا لنحو صحيح على ابن جعفر سأل أخاه موسى عليه السّلام عن امرأة زنت هل تصلح أن تسترضع؟ قال:

لا يصلح و لا لبن ابنتها التى ولدت من الزنا «۳».

و روى بعدة طرق إباحة الأمة الزانية منه أى ممّا فعلت، أو الأمة مرضعة من لبن الزنا ليطيب اللبن ففى حسن هشام بن سالم و جميل بن دراج و سعد بن أبى خلف عن الصادق عليه السّلام: فى امرأة يكون لها الخادم قد فجرت يحتاج إلى لبنها، قال: مرها فلتحلّلها يطيب اللبن «۴». و سأل إسحاق بن عمّار أبا الحسن عليه السّلام عن غلام له وثب على جارية له فأحبلها فولدت و احتيج إلى لبنها، قال: فإن أحللت لهما ما صنعا أ يطيب لبنها؟ قال: نعم «۵». و لا بأس بالعمل بهذه الأخبار، لكثرتها من غير معارض. و أمّا حملها على أنّه كان النكاح بغير إذن السيد كان فضوليا- و التحليل هو الإجازة- فمع انتفاء الحاجة إليه، مخالف لألفاظها.

و يكره استرضاع ولد الزنا لما مرّ من خبرى على بن جعفر و محمّد

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۷ ص ۲۴۵ ب ۱۰ من أبواب الأشربة المحرمة.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۸۶ ب ۷۶ من أبواب أحكام الأولاد ح ۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۸۴ ب ۷۵ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

(۴) المصدر السابق: ح ۳.

(۵) المصدر السابق: ح ۴.

ابن مسلم و نحوهما. و تتأكد الكراهة فى المجوسية لما مرّ من خبرى سعيد ابن يسار و عبد اللّه بن هلال و نحوهما.

[الركن الثانى اللبن]

الركن الثانى: اللبن و يشترط وصول عينه الباقى عليها اسمه، لا نحو الجبن و الأقط خالصا عرفا إلى المحل من الثدى لأنّه المفهوم من الرضاع و الإرضاع و الارتضاع.

فلو احتلب ثمّ وجر فى حلقه، أو أوصل إلى جوفه بحقنة بفتح الحاء و سكون القاف، ليكون مصدرا مضافا إلى الضمير- أى حقن الصبى- أو اللّبن، و يجوز الضم مع تاء التأنيث على أن يكون من إقامة الاسم مقام المصدر، فإنّ الحقنة اسم للدواء الذى يحتقن به، أو المراد بها المحقنة توسّعا، فقد وقع كذلك فى بعض الروايات «۱» و أوّل به فى المغرب و غيره. أو الباء للمصاحبة أى مع دواء يحتقن به. عليه يمكن أن يكون قوله: أو سعوط بفتح السين، و الظاهر المصدرية فيهما، و يؤيّدها قوله: أو تقطير فى إحليل أو ثقبة من جراحة، أو جبن له فأكله و كان فى قوله له تأكيد للشبه بالإرضاع أو القى فى فم الصبى مائع أو جامد يمتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرجه عن مسمّى اللبن استهلكه أم لا، غالبا أم لا، و فى حكمه امتزاجه بريقه كذلك كما فى التذكرة «۲» لم ينشر الحرمة عند علمائنا أجمع، إلّا فى الوجور فاعتبره أبو على «۳» و الشيخ فى [موضع من] «۴» المبسوط «۵» مع أنّه قوّى المشهور فى موضع آخر «۶» لقول الصادق عليه السّلام: و جور الصبى اللبن بمنزلة الرضاع «۷» و هو مرسل،

---

(۱) فى «ن» و نسخة بدل المطبوع بدل «بعض الروايات»: بعض العبارات.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۱۸ س ۳۶.

(۳) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۵.

(۴) لم يرد فى ن.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ۲۹۵.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۲۹۵.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۸ ب ۷ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۳.

و لشمول الرضاع له، و هو ممنوع كما عرفت. و فى حكم وجور الحليب الوجور من الثدى، فإنّ المعتبر هو ما بالتقامه الثدى و امتصاصه.

[الركن الثالث المحلّ]

الركن الثالث: المحلّ و هو معدة الصبى الحى، فلا اعتبار بغير المعدة، و لا بالإيصال إلى معدة الميت لعدم الامتصاص و الارتضاع و الاغتذاء و نبات اللحم و شدّ العظم.

فلو وجر لبن الفحل فى معدته لم يصر ابنا له و لا المرأة أمّا له و لا زوجته حليلة ابن، و لا اعتبار بالإيصال و لو بالامتصاص من الثدى إلى جوف الكبير و هو هنا من بعد الحولين لما سيأتى من اعتبار كونه فيهما.

[المطلب الثانى فى شرائطه]

اشارة

المطلب الثانى فى شرائطه، و هى أربعة كذا فى النسخ حتى التى بخطه رحمه اللّه، و المذكور ثلاثة، و فى التحرير أيضا جعلها

أربعة، لكن ذكر: منها كون اللبن عن نكاح صحيح «۱» و لم يذكره فى الكتاب، و يمكن التكلّف بتضمين الأوّل شرطين: أحدهما: الارتضاع من الثدى أو التوالى.

[الشرط الأوّل الكميّة]

الأوّل: الكميّة و هى معتبرة عند علمائنا أجمع، فلا عبرة بأقل المسمّى.

و يعتبر التقدير عند المعظم بأحد أمور ثلاثة كلّها أصول، أو الأصل هو العدد و إنّما يعتبر الآخران عند عدم الانضباط بالعدد، أو الأصل هو الأوّل و الباقيان علامتان له، و هو الأظهر اعتبارا و من الأخبار كما يظهر.

إمّا ما أنبت اللحم و شدّ العظم و هو تقدير بالأثر المترتّب عليه، و لا خلاف فى اعتباره، و لكن الشهيد «۲» اكتفى بأحد الأمرين، و لعلّ المراد بهما ما فوق أقلّ المسمّى، أو حصول اليقين بهما، لإمكان أن يفسد اللبن، فلا يتخلّف بدل ما تحلّل منهما. أو يقال: و إن نبت اللحم بأقل المسمّى لكن لا يشتدّ العظم

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۹ س ۱۴.

(۲) اللمعة الدمشقيّة: ج ۵ ص ۱۵۶.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۳۵

البطىء تحلّله و تغذيه، و لعلّه الأظهر، و هو حجّة «۱» أخرى غير ظواهر النصوص، لضعف مختار الشهيد.

و لعلّ الجمع بينهما حينئذ فى الأخبار «۲» مع إغناء الثانى عن الأوّل فى الظاهر لوجهين: الأوّل: أنّ نشر الحرمة لمجموع الأمرين، و الآخر: أنّ تغذى العظم بعد استغناء اللحم عن الغذاء، فهو فى بعض الرضاعات ينبت اللحم خاصة و فى بعضها يشدّ العظم، و الكلّ معتبر، و النصوص الناطقة بهذا التقدير كثيرة.

منها: صحيح على بن رئاب عن الصادق عليه السّلام قال: قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم و شدّ العظم، قلت: فيحرم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنّها لا تنبت اللحم و لا تشدّ العظم «۳». و فى الحسن عن حمّاد بن عثمان عنه عليه السّلام قال: لا يحرم من الرضاع إلّا ما أنبت اللحم و الدم «۴». و فى الصحيح عن عبيد بن زرارة سأل عليه السّلام ما الذى يحرم من الرضاع؟ فقال: ما أنبت اللحم و الدم «۵». و المراد بالدم فيهما الغريزى، و هو الذى ينسب إليه الإنبات لا الذى يستحيل إليه الغذاء فى الكبد قبل الانتشار منه إلى الأعضاء.

أو رضاع يوم و ليلة بحيث يشرب كلّما أراد حتى يروى و يصدر، و نصّ الشيخ «۶» و المصنف فى التذكرة «۷» على أنّه لمن لم يضبط العدد. و عليه فإنّما يعتبر إذا لم يعلم النقص عن العدد المعتبر، فالأطفال يختلفون فى ذلك اختلافا بيّنا.

و دليله خبر زياد بن سوقة سأل أبا جعفر عليه السلام هل للرضاع حدّ يؤخذ به؟ فقال: لا، يحرم من الرضاع أقل من يوم و ليلة، أو خمس عشرة رضعة متواليات، من امرأة

---

(۱) فى المطبوع: جهة.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۲ و ۲۸۹ ب ۲ و ۳ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۳ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۹ ب ۳ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۷ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱۸.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۲۹۲.

(۷) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۰ س ۱۹.

واحدة، من لبن فحل واحد، لم يفصل بينهما رضعة امرأة غيرها «۱». و الخبر و إن ضعف بعمّار إلّا أنّ الأصحاب اتفقوا على اعتباره.

أو خمس عشرة رضعة لهذا الخبر و غيره.

و في العشر قولان: أحدهما- و هو الأقوى-: عدم الاعتبار للأصل، و الأخبار «۲» كما تقدّم من خبري علي بن رئاب و زياد بن سوقة، و خبر عبيد بن زرارة سمع الصادق عليه السّلام يقول: عشر رضعات لا يحر من شيئا «۳» و نحوه خبر عبد اللّه بن بكير «۴».

و الآخر: اعتبارها، و هو قول المصنف في المختلف «۵» للاحتياط، و العمومات، و الأخبار كخبر الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السّلام قال: لا يحرم من الرضاع إلّا المخبور، قال: قلت: و ما المخبور؟ قال: أم تربّي، أو ظئر تستأجر، أو أمة تشترى ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبي و ينام «۶». و هو ضعيف بمحمّد بن سنان.

و صحيح عبيد بن زرارة سأل الصادق عليه السّلام ما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال:

ما أنبت اللحم و الدم، قال: فقلت: و ما الذي نبت اللحم؟ فقال: كان يقال: عشر رضعات. قال: قلت: فهل يحرم بعشر رضعات؟ فقال: دع ذا «۷». و دلالته على العدم أظهر كما لا يخفى.

و خبر هارون بن مسلم عنه عليه السّلام قال: لا يحرم من الرضاع إلّا ما شدّ العظم

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۲ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۲ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۳ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۳ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۴.

(۵) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۷.

(۶) نقل هذا الحديث بهذا النص في المختلف: ج ۷ ص ۷، و إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۴۶. و اما الكتب الروائية فمختلف فيه راجع من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۴۷۷ ح ۴۶۷۲، و تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۱۵ ح ۱۳۰۵ و الاستبصار: ج ۳ ص ۱۹۶ ح ۷۰۹.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۷ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱۸.

و أنبت اللحم، فأمّا الرضعة و الرضعتان و الثلاث حتى بلغ عشرا إذا كنّ متفرقات فلا بأس «۱».

و خبر عمر بن يزيد سأله عليه السّلام عن الغلام يرضع الرضعة و الثنتين، فقال:

لا يحرم، قال: فعددت عليه حتى أكمل عشر رضعات، فقال: إذا كانت متفرقة فلا «۲». و هو مع ضعفهما سندا و دلالة لكونها بالمفهوم يجوز أن يكونا بمعنى أنّ العشر إذا اتصلت، فربّما أنبتت اللحم و شدّت العظم، أو كانت رضعات يوم و ليلة فأفادت الحرمة، بخلاف المتفرقات فهي لا تحرم مطلقا. و تردّد ابن إدريس «۳».

و حكى الصدوق فى المقنع عن شيخه محمّد بن الحسن اعتبار خمسة عشر يوما بلياليها، و ذكر أنّه رواية «۴».

و فى الصحيح عن العلاء بن رزين عن الصادق عليه السّلام: لا يحرم من الرضاع إلّا ما ارتضع من ثدى واحد سنة «۵». و هو نادر، مخالف للأخبار و الفتاوى، و يمكن أن يكون سنّة بكسر السين مشددا منصوبا مضافا إلى الارتضاع أو فى سنته أو بضمها مشددا منصوبا أى ارتضاع سنّة، أى ما كان الارتضاع فى الحولين، لأنّه من الارتضاع، و لأنّه السنة «۶».

و فى الصحيح عن الحلبى عنه عليه السّلام قال: لا يحرم من الرضاع إلّا ما كان حولين كاملين «۷». و نحوه عن عبيد بن زرارة عنه عليه السّلام «۸». و لا بدّ من حملهما على

---

(۱) المصدر السابق: ح ۱۹.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۳ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۵.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۱.

(۴) لم نعثر عليه فى المقنع و حكاه عنه العلّامة فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۷.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۶ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱۳.

(۶) فى ن العبارة هكذا: «و يمكن أن يكون سنة بالتشديد أى ما كان الارتضاع فى الحولين لأنه السنة».

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۲ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱۰.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۲ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالرضاع ذيل الحديث ۸.

وقوع الرضاع فى الحولين، و لا ينافيه قيد الكاملين.

و لا حكم لما دون ذلك إلّا على مذهب أبى على فقد اجتزأ برضعة واحدة قال: و هى ما ملأت بطن الصبى «۱». و لم يعتبره لندرته.

و أمّا صحيح على بن مهزيار، كتب إلى أبى الحسن عليه السّلام يسأله عمّا يحرم من الرضاع؟ فكتب: قليله و كثيره حرام «۲». فظاهره أن يحرم فيه بسكون الحاء و ضم الراء، و أنّه سأل عما يحرم منه بعد الفطام فلا تعلق له بما نحن فيه.

و أمّا نحو مرسل ابن أبى عمير عن الصادق عليه السّلام قال: الرضاع الذى ينبت اللحم و الدم هو الذى يرضع حتى يتضلع و يمتلئ و ينتهى نفسه «۳» فالمراد به أنّه لا بدّ فى كلّ رضعة من العدد المعتبر ذلك، لا أنّ رضعة واحدة كذلك نبت «۴». [و فى التبيان عن بعض الأصحاب قول بتحريم قليله كأبى حنيف «۵»] «۶».

[الثانى يشترط كمالية الرضعات]

الثانى: يشترط كمالية الرضعات للأصل و التبادر و التصريح بها فى الأخبار كما سمعت و تواليها بالمعنى الذى يأتى و الارتضاع من الثدى كما عرفت.

فلو ارتضع رضعة ناقصة لم تحتسب من العدد و لا من رضعات اليوم و الليلة، نعم لو ارتضع أياما بلياليها رضعات كلّها ناقصة إلا أنّه علم نبات اللحم و اشتداد العظم بها، ثبتت الحرمة.

و المرجع فى كمالية الرضعة إلى العرف فإنّه المحكّم فيما لم يقدّر شرعا. و قيل المرجع أن يروى الطفل و يصدر من قبل نفسه و القولان مذكوران فى المبسوط، و نسب الثانى إلى أصحابنا «۷». و فى الخلاف قطع به، و نسب

(۱) نقله عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۶.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۵ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱۰.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۰ ب ۴ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۲.

(۴) فى ن: «فهى ما ينبت».

(۵) التبيان: ج ۳ ص ۱۶۰.

(۶) ما بين المعقوفتين ليس فى «ن».

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۲۹۴.

الأوّل إلى الشافعى «۱». و الظاهر أنّ الثانى تفسير للأوّل كما هو صريح التذكرة «۲» و لا تنافيه هذه العبارة و لا عبارة المبسوط.

فلو لفظ الثدى بنفسه ثمّ عاوده، فإن كان قد أعرض أوّلا فهى رضعة كاملة و يعلم ذلك بطول الفصل و نحوه و إن كان اللفظ للتنفس أو الالتفات إلى ملاعب بضم الميم و يمكن الفتح أو الانتقال إلى ثدى آخر، كان الجميع رضعة إن لم يطل الفصل فى الالتفات إلى ملاعب، و إلّا لم يحتسب ما قبل اللفظ جزء للمجموع منه و ممّا بعده، و فى حكمه فى عدم الاحتساب ما لو كان لفظه للانتقال إلى طعام أو شراب.

و بالجملة إذا ظهرت علامة أنّه لم يرو من اللبن لم يعتبر.

و لو منع من الارتضاع قبل استكماله لم تحتسب لا- بالتلفيق، إلّا فى الصورة التى ذكرناها، خلافا للشافعى «۳» فى وجه فيما لو منعته المرضعة من الكمال.

و لو لم يحصل التوالى بين الرضعات بأى تقدير اعتبرت لم ينشر الحرمة بالإجماع كما فى التذكرة «۴» و الخلاف «۵» و الغنية «۶» و ينصّ عليه ما مرّ من خبر زياد بن سوقة «۷» و لما عرفت من أنّ الأصل هو إنبات اللحم و شدّ العظم باللبن، و الباقيان علامتان، و مع الفصل لا- يعلم إن لم نقل لا- يحصل النبات و الاشتداد به وحده. و المتبادر حصولهما به وحده، و التوالى هو المتبادر من رضاع يوم و ليلة، و من العدد أيضا كما لو أرضعت امرأة خمسا كاملة ثمّ ارتضع من اخرى ثمّ أكمل من الاولى العدد لم ينشر، و بطل حكم الأوّل

(۱) الخلاف: ج ۵ ص ۱۰۰ المسألة ۷.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۰ س ۲۵.

(۳) المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۱۹۴ و الشرح الكبير: ج ۹ ص ۲۰۲.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۰ س ۴۱.

(۵) الخلاف: ج ۵ ص ۱۰۰ المسألة ۷.

(۶) الغنية: ص ۳۳۶.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۲ ب ۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱.

و إن اتحد الفحل لأنّه كما يعتبر اتحاد الفحل يعتبر اتحاد المرضعة عندنا، خلافا للعامة «۱».

و لو تناوب عليه عدّة نساء لا ترضعه غيرهنّ لم ينشر الحرمة لشيء منهنّ ما لم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة كاملة ولاء أو عشرا، أو أحد التقديرين الآخرين.

و لو ارتضع من كلّ واحدة خمس عشرة رضعة كاملة متوالية حر من كلّهن، و لا يشترط فى التوالى عدم تخلل المأكول و المشروب و إن كان لبنا و جر بين الرضعات إن قدرت بالعدد، لعدم دلالة النص و الإجماع عليه مع العموم، و أمّا إن قدرت بالإنبات و الشدّ أو باليوم و الليلة فالظاهر اشتراط عدم التخلل بما يخل به منهما بل الشرط فى التوالى العدد عدم تخلل رضاع و إن كان أقل من رضعة كاملة كما يقتضيه إطلاق الأصحاب، لأنّ الشرط هو التوالى، و هو يختل بذلك عرفا. و اختار فى التذكرة اعتبار رضعة كاملة «٢» لأنّها المتبادرة من رضعة فى الخبر «٣».

[الثالث أن يكون الرضاع فى الحولين]

الثالث من الشروط: أن يكون الرضاع فى الحولين و إن كان بعد فطامه لانتفاء الدليل على اشتراط عدم الفطام، و إطلاق الأخبار «٤» و الفتاوى باعتبار الحولين، و خصوص خبر حمّاد بن عثمان عن الصادق عليه السّلام: لا رضاع بعد فطام، قال: قلت: و ما الفطام؟ قال: الحولين اللذين قال اللّه عزّ و جلّ «٥». و لعلّه المراد فى نحو حسن الحلبى عن الصادق عليه السّلام: «لا رضاع بعد فطام» «٦». و صحيح الفضل ابن عبد الملك عنه عليه السّلام: «الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم «٧»» بأن يكون الثانى

---

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢٠۶.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٢٠ س ۴٠.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٨٢ ب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٩٠ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٩١ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۵.

(۶) المصدر السابق: ح ٢.

(٧) المصدر السابق: ح ۴.

تأكيدا للأوّل مفسّرا به. و اعتبر الحسن الفطام «١» فيحتمل أن يكون مراده الحولين، و أن يكون اعتبر ظاهر نحو الخبرين.

و يعتبر الكون فى الحولين فى المرتضع إجماعا كما فى الخلاف «٢» و الغنية «٣». و اعتبر أبو على «۴» ما بعد الحولين إن لم يتخلل فطام. و لعلّه استند إلى مفهوم ما نطق من الأخبار بأنّه لا رضاع بعد فطام «۵» و خبر داود بن الحصين عن الصادق عليه السّلام: الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم «۶».

و هو مع الضعف معارض بأخبار الحولين «٧». و أمّا المفهوم فمع الضعف قد عرفت اندفاعه هنا بأنّه معنى الفطام.

دون ولد المرضعة على الأقوى وفاقا لابن إدريس «٨» و المحقق «٩» للعموم، و خلافا للتقى «١٠» و ابنى زهرة «١١» و حمزة «١٢» للإجماع كما ادعاه ابن زهرة، و هو ممنوع، بل ادعى الإجماع على خلافه، و لإطلاق: «لا رضاع بعد فطام» و أخبار الحولين، مع الأصل.

و الجواب: أنّ الظاهر «١٣» فطام المرتضع و الحولان من سنه، و الأصل معارض بالعموم. و لأنّ ابن فضال سأل ابن بكير عن امرأة أرضعت غلاما سنتين، ثمّ أرضعت صبية لها أقل من سنتين حتى تمّت السنتان، أ يفسد ذلك بينهما؟ قال:

لا يفسد ذلك بينهما، لأنّه رضاع بعد فطام، و إنّما قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: لا رضاع

---

(۱) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۳.

(۲) الخلاف: ج ۵ ص ۱۰۰ المسألة ۵.

(۳) الغنية: ص ۳۳۵.

(۴) نقله عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۱ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۲ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۷.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۰ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۵۱۹.

(۹) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۸۳.

(۱۰) الكافى فى الفقه: ص ۲۸۵.

(۱۱) الغنية: ص ۳۳۵.

(۱۲) الوسيلة: ص ۳۰۱.

(۱۳) فى «ن» زيادة: منه.

بعد فطام، أى أنّه إذا تمّ للغلام سنتان أو الجارية فقد خرج من حدّ اللبن، فلا يفسد بينه و بين من يشرب منه «۱». و هو ضعيف موقوف على ابن بكير و توقّف فى المختلف «۲» و عبارة الشيخين «۳» و كثير مجملة.

و لا بدّ من كون الجميع فى الحولين حتى لو كمل الأخيرة بعد الحولين و إن حصل بعض منها قبلهما لم ينشر، و ينشر لو تمّت مع تمام الحولين لصدق الوقوع فى الحولين.

[الرابع اتحاد الفحل]

الرابع: اتحاد الفحل، و هو صاحب اللبن الذى درّ اللبن من نكاحه فلو تعدّد لم ينشر فى المشهور، بل ادعى عليه الإجماع فى التذكرة «۴» كما لو أرضعت بلبن فحل صبيا و بلبن آخر صبية لم تحرم الصبية على الصبى و يدلّ عليه الأصل، و عدم اعتبار ما درّ لا عن نكاح. و الأخبار كصحيح الحلبى سأل الصادق عليه السّلام عن الرجل يرضع من امرأة و هو غلام فهل يحلّ له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعة؟ فقال: إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحلّ، و إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة بلبن فحلين فلا بأس بذلك «۵». و خبر عمّار سأله عليه السّلام عن غلام رضع من امرأة يتزوّج أختها لأمها من الرضاعة؟ قال: لا بأس بذلك، إنّ أختها التى لم ترضعه كان فحلها غير فحل التى أرضعت الغلام، فاختلف الفحلان فلا بأس «۶». و ما مضى من خبر زياد بن سوقة «۷».

و لم يعتبره الطبرسى صاحب التفسير «۸» فاعتبر الاخوّة من الرضاعة للام

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۱ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۶.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۵.

(۳) المقنعة: ص ۵۰۳، و النهاية: ج ۲ ص ۳۰۴.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۱ س ۲۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۴ ب ۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۳.

(۶) المصدر السابق: ح ۲.

(۷) المصدر السابق: ح ۱.

(۸) مجمع البيان: ج ۳ ص ۲۸.

خاصة. و كذا الراوندى فى فقه القرآن، مع نصّه قبيله على المشهور «۱». و دليلهما عموم «أَخَوٰاتُكُمْ مِنَ الرَّضٰاعَةِ» «۲» و نحو: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب «۳». و قول الرضا عليه السّلام لمحمّد بن عبيد الهمدانى: ما يقول أصحابك فى الرضاع؟ قال: قلت: كانوا يقولون: اللبن للفحل حتى جاءتهم الرواية عنك أنّك تحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فرجعوا إلى قولك، قال: فقال: و ذاك لأنّ أمير المؤمنين سألنى عنها البارحة فقال لى: اشرح لى اللبن للفحل و أنا أكره الكلام، فقال لى: كما أنت حتى أسألك عنها. ما قلت فى رجل كانت له أمهات أولاد شتّى، فأرضعت واحدة منهنّ بلبنها غلاما غريبا، أ ليس كلّ شىء من ولد ذلك الرجل من الأمهات الأولاد الشتّى يحرم على ذلك الغلام؟ قال: قلت: بلى، قال: فقال أبو الحسن عليه السّلام: فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل و لا يحرم من قبل الأمهات؟

و إنّما حرم اللّه الرضاع من قبل الأمهات و إن كان لبن الفحل أيضا يحرم «۴».

و هو مع الضعف و المعارضة بما مرّ [ليس من النص فى شىء] «۵» و أوّله الشيخ بأنّه يحرّم من ينسب إليها بالولادة و إن لم يحرم من ينسب إليها بالرضاع «۶».

و لو أرضعت بلبن فحل واحد مائة فصاعدا حرم بعضهم على بعض.

و لو أرضعت منكوحاته أى موطوءاته صحيحا أو شبهة و إن كنّ مائة بلبنه صغارا كلّ واحدة واحدا، حرم بعضهم على بعض و الكلّ على الفحل، لعدم اشتراط اتحاد المرضعة إلّا فى رضعات المرتضع الواحد.

و لو ارتضع خمسا من لبن فحل، ثمّ اعتاض عن اللبن بالغذاء، و فارقت المرضعة زوجها و نكحت آخر، فأكملت العدد من لبن الثانى

---

(۱) فقه القرآن: ج ۲ ص ۹۰.

(۲) النساء: ۲۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۰ ب ۱ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۹۵ ب ۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۹.

(۵) لم يرد فى «ن».

(۶) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۲۱ ذيل الحديث ۱۳۲۲.

و لم يتخلل رضاع امرأة أخرى، لم تصر امّا و لو كان الجميع فى الحولين و لم تحرم هى و لا أولادها عليه لتعدد الفحل.

[المطلب الثالث فى الأحكام]

اشارة

المطلب الثالث فى الأحكام إذا حصل الرضاع بشرائطه نشر الحرمة، و لو شككنا فى العدد و ما فى حكمه فلا تحريم للأصل، لكن الورع يقتضى الاحتراز كما فى التذكرة «۱».

و لو شككنا فى وقوعه بعد الحولين تقابل أصلا البقاء لمدة الحولين و الإباحة للنكاح و الحرمة للنظر و نحوه، و أيضا تعارض أصلا البقاء و تأخّر الرضاع، و هو أيضا مندرج فى العبارة لكن الثانى أرجح للشك فى المحرم و المبيح للنظر و نحوه، و لأنّ أصلى البقاء و التأخّر إذا تساقطا بقى الإباحة بلا معارض، و أمّا ما يقال: من تغليب الحرام على الحلال إذا تعارضا فإنّما هو عند العلم بحصول حرمة، كما إذا اشتبهت البنت نسبا أو رضاعا بأجنبية، و لا نعرف قائلا بالخلاف فى المسألة، و لا يظهر من العبارة.

و لو كان له خمس عشرة امرأة مستولدة بوطء صحيح أو شبهة فأرضعته كلّ واحدة برضعة كاملة لم تحرم المرضعات و لا الفحل عليه لتعدد المرضعة، و إن أكملت كلّ منها خمس عشرة رضعة هكذا أعنى بالدور للفصل و يجوز أن يريد لانفصال المرضعات أى تعددهن فيعم. و لا يصير الفحل أبا له و لا المرضعات أمهات خلافا لأحد وجهى الشافعية «۲» حيث أثبتوا الأبوّة و إن نفوا الأمومة.

و لو كان بدلهنّ خمس عشرة بنتا اتحد فحلهنّ أم لا لم يصر «۳» الأب جدّا خلافا «۴» لهم فى وجه.

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۱ س ۳.

(۲) المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۲۰۶، و الشرح الكبير: ج ۹ ص ۲۱۴- ۲۱۵.

(۳) فى القواعد: لم يكن.

(۴) الحاوى الكبير: ج ۱۱ ص ۳۹۰.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۴۵

و الأصول فى التحريم الذين ينتشر عنهم الحرمة إلى أقربائهم نسبا أو رضاعا ثلاثة: المرتضع و المرضعة و الفحل، فيحرم المرتضع عليهما و بالعكس، و تصير المرضعة أمّا بنصّ الكتاب «۱» و الفحل أبا، و اباؤهما و أمهاتهما أجداد و جدات و أولادهما معا أو بالتفريق إخوة و أخوات بنصّ الكتاب «۲» و إخوتهما و أخواتهما أخوالا و أعماما و خالات و عمات، [و لا عبرة بالاسم كما عرفت] «۳».

و عن مسعدة بن زياد عن الصادق عليه السّلام: يحرم من الإماء عشر: لا يجمع بين الام و الابنة و لا بين الأختين، و لا أمتك و هى حامل من غيرك حتى تضع، و لا أمتك و لها زوج و لا أمتك و هى عمتك من الرضاعة، و لا أمتك و هى خالتك من الرضاعة، و لا أمتك و هى أختك من الرضاعة، و لا أمتك و هى ابنة أختك من الرضاعة، و لا أمتك و هى فى عدة، و لا أمتك و لك فيها شريك «۴». و نحو منه عن مسمع كردين عنه عليه السّلام «۵» و عن عائشة: أنّه استأذن عليها أفلح بن القعيس فجاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله فذكرت له ذلك، فقال: ليدخل عليك فإنّه عمّك «۶». و قال الصادق عليه السلام فى حسن ابن سنان: لا يصلح للمرأة أن ينكحها عمها و لا خالها من الرضاعة «۷». و فى صحيح الحذاء: لا تنكح المرأة على عمّتها و لا على خالتها و لا على أختها من الرضاعة «۸».

فكما حرمت المرضعة على المرتضع حرم عليه أمهاتها و أخواتها من النسب دون الرضاع لما سيأتى و بناتها من النسب و إن كان

أنثى حرمت على آبائها و أخواتها و أبنائها كذلك.

(١) النساء: ٢٣.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من ن.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١۶ ب ١٩ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(۵) المصدر السابق: ح ٢.

(۶) صحيح مسلم: ج ٢ ص ١٠٧٠ ب ٢ و باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل، ح ١٠.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٠٠ ب ۵٨ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۵.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۶۶ ب ٢۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢.

و كذا أولاد الرضيع نسبا أو رضاعا أحفاد المرضعة و كلّ من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولادة و رضاعا و إن نزلوا و لم يرتضعوا من هذه المرضعة يحرمون على المرتضع لأنّهم اخوة أو أخوات أو أولادهما و بالعكس لكونه أخا أو أختا أو عمّا أو عمّة.

و لا يحرم عليه من ينسب إلى المرضعة بالبنوّة رضاعا من غير لبن هذا الفحل لما عرفت من اشتراط اتحاده إلّا على قول الطبرسى «١». بل إنّما يحرم عليه كلّ من ينسب إليها بالولادة و لو من غير هذا الفحل و إن نزل و لا تحرم المرضعة على أب المرتضع و هو ظاهر، فإنّ غايتها أن يكون امّا لولده و لا على أخيه فإنّها ليست امه و لا زوجة أبيه، و أم الأخ إنّما تحرم لكونها زوجة الأب.

لا يقال: إنّها أم الأخ و أم الأخ نسبا تحرم، فكذا رضاعا، لعموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» «٢» و إن كانت حرمة أم الأخ للمصاهرة.

لأنّا نقول: الظاهر أنّ مناط الحرمة أسماء المحرمات، فمن لم يكن لها أحد الأسماء المعروفة لم تحرم، و هذه ليست ممّا نكح الأب.

و يحرم أولاد الفحل ولادة و رضاعا، و أولاد زوجته المرضعة ولادة لا رضاعا على أب المرتضع على رأى موافق لرأى الشيخ فى كتبه «٣» و ابنى حمزة «۴» و إدريس «۵» و المحقق «۶» للنصوص «٧» و خالف القاضى فى المهذب

(١) مجمع البيان: ج ٣ ص ٢٨.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٨٠ ب ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ١.

(٣) النهاية: ج ٢ ص ٣٠۶، و الخلاف: ج ۵ ص ٩٣ المسألة ١، و تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣٢١ ذيل الحديث ١٣٢٢ و ذيل الحديث ٢٣٢٣، و الاستبصار: ج ٣ ص ٢٠٠ ذيل الحديث ٧٢۵ و ص ٢٠١ ذيل الحديث ٧٢۶.

(۴) الوسيلة: ص ٣٠٢.

(۵) السرائر: ج ٢ ص ۵۵۴.

(۶) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٨۵.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٩٣ ب ۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع و باب ١۶ ص ٣٠۶.

فى أولادها «١» و لم يتعرّض لأولاده، لأنّه إنّما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، و أخوات الولد إنّما يحر من على أبيه بالمصاهرة، و هو قوى لو لا النص «٢».

لا- يقال: دلّ الخبر على أنّ من تسبّب النسب لحرمته فالرضاع سبب لحرمته، و هو يعمّ من تسبب النسب لحرمته بالمصاهرة، و أخت الولد بالنسب حرام، فكذا بالرضاع.

لأنّا نقول: لا مدخل فى حرمة أخت الولد للولد، و إنّما حرمتها لنكاح أمّها.

و ينسب هذا القول إلى المبسوط، و ليس فيه إلّا أنّه تحلّ لأبى المرتضع أم المرضعة، لأنّ أم أم الولد إنّما تحرم بالمصاهرة، و لكنه قال: و روى أصحابنا أنّ جميع أولاد هذه المرضعة و أولاد الفحل يحرمون على هذا المرتضع و على أبيه و جميع اخوته و أخواته، لأنّهم صاروا بمنزلة الاخوة و الأخوات «٣».

و لأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن، النكاح فى أولاد المرضعة و أولاد فحلها ولادة و رضاعا على رأى وفاقا لا بنى إدريس «۴» و البراج «۵» و المحقق «۶» لأنّ أخت الأخ أو الأخت إنّما تحرم على أن تكون أختا له، لأنّ الإنسان لو كان له أخ لأب و أخت لأم جاز لأخيه نكاح أخته، لانتفاء النسب بينهما، فغاية الأمر أن يكون هؤلاء الأولاد أخوات الأخ أو الأخت، و هو وحده لا يوجب الحرمة.

و قال الشيخ فى الخلاف «٧» و النهاية «٨» و المبسوط «٩» و ابن حمزة «١٠» بالحرمة، لأنّ أخبار المسألة المتقدمة أفادت أنّ أولاد المرضعة و بعلها بمنزلة أولاد أب المرتضع، و هو يقتضى كونهم بمنزلة الإخوة للمرتضع لأبيه، و هو ممنوع، كما أن

---

(١) المهذب: ج ٢ ص ١٩٠.

(٢) فى نسخة بدل المطبوع و «ن» بدل «النص» النصوص.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ٢٩٢.

(۴) السرائر: ج ٢ ص ۵۵۴.

(۵) المهذب: ج ٢ ص ١٩٠- ١٩١.

(۶) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٨۵.

(٧) الخلاف: ج ۵ ص ٩٣ المسألة ١.

(٨) النهاية: ج ٢ ص ٣٠۶.

(٩) المبسوط: ج ۵ ص ٢٩٢- ٢٩٣.

(١٠) الوسيلة: ٣٠٢.

الربيبة تحرم على الزوج دون ابنه، و توقّف فى المختلف «١».

و لإخوة المرتضع نكاح اخوة المرتضع الآخر إذا تغاير الأب و الام للقبيلين من الاخوة و اكتفى بالأب، لأنّ صورة المسألة إنّما يتجه إذا اختلف القبيلان أبا أو أمّا، و إلّا لم يكن لتخصيص أحدهما بأحد المرتضعين و الآخر بالآخر وجه، ففرض الاختلاف امّا ثمّ شرط الاختلاف بالأب و هذا النكاح جائز.

و إن اتحد اللبن فإنّ غايته نكاح أخ المرتضع فى أخت أخيه أو أخته، و لا يحرم إذا لم يجمعهما نسب أو رضاع.

و بالجملة فالرضاع إنّما ينزل المرتضع و من تفرع منه منزلة الأولاد للمرضعة و الفحل، لا من فى طبقته من الاخوة و الأخوات.

[لا يقال: المرتضعان أخوان لأب و أم للارتضاع من امرأة واحدة بلبن فحل واحد، فيحرم أخت أحدهما لأبيه على أخ الآخر لأبيه، و كذا أخت أحدهما لأمه على أخ الآخر لامّه، لاتحاد أب الجميع أو أمهم. لأنّه مغالطة واهية لمخالفة الأبوين رضاعا للأبوين نسبا.

لا يقال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، و يحرم بالنسب أخت الأخ للأب لأبيه و كذا أخت الأخ للأم لامه. لأنّا نقول: إنّما يحرم إذا كان لذلك الأب أو لتلك الام] «٢».

و كما يمنع الرضاع النكاح سابقا، كذا يبطله لاحقا اتفاقا، و لعموم النصوص «٣» فلو أرضعت امه و لو بلبن غير أبيه أو من يحرم النكاح بإرضاعه كأخته و بنته و بناتهما و بنات الابن و الأخ و إن نزلن و زوجة أبيه من لبن الأب زوجته، فسد النكاح و عليه نصف المسمّى من المهر على القول بمساواة الفسخ قبل الدخول للطلاق كذلك، و الكلّ على الآخر، و وجوبه لأنّ الفسخ ليس من قبلها.

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٢١.

(٢) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٢٨٠ و ٣٠٢ و ٣٠٥ ب ١ و ١٠ و ١٤ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

و لو لم يسمّ لها مهرا فالمتعة إلحاقا له بالطلاق، و فيه ضعف، بل الأولى أن يقال بثبوت مهر المثل أو نصفه، لأنّ البضع لا يخلو عن عوض أو عدم وجوب شيء عليه، لأنّ النكاح بالتفويض لا يوجب مهرا، و المتعة إنّما وجبت فى الطلاق بالنص.

و يرجع به على المرضعة إن تولّت الإرضاع و قصدت الإفساد وفاقا للشيخ فى المبسوط «١» و جماعة، لأنّها فوّتت عليه بضعها و تسبّبت لغرامته، و خلافا له فى الخلاف «٢» لأنّ البضع لا يضمن بالتفويت، و ليست هى السبب فى الغرامة، لأنّه كان بالنكاح يلزمه المهر، و إن لم يقصد الإفساد فسيأتى حكمه.

و إن انفردت المرتضعة به أى الرضاع بأن سعت و امتصت من ثديها من غير شعور المرضعة سقط المهر و المتعة، لأنّه فسخ من قبلها، و يحتمل عدم السقوط بناء على أنّه لا قصد للصغيرة، ففعلها كالعدم، و المهر ثبت بالنكاح و لم يظهر المسقط.

و لو شعرت فلم تمنعه و لم تعنه ففى الغرامة ثمّ فى ضمانها كلّ ما غرمه أو نصفه أو العدم أوجه، من أنّ تمكينها كمباشرتها، لعدم تمييز المرتضع، و من اشتراكهما فى التفويت. و من عدم المباشرة، فهى كمن لم يمنعه من إتلاف مال، و كلام التذكرة يعطى الضمان للكل فى موضع «٣» و تردد فى آخر «۴».

و لو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما، حرمتا أبدا مع الدخول بالكبيرة لأنّ الدخول بالأم يحرم البنت أبدا، و العقد على البنت يحرم الأم أبدا، و إن كان اللبن منه صارت الصغيرة بنتا له أيضا.

و إلّا يدخل بها لم تحرم «۵» إلّا الكبيرة، و للكبيرة المهر مع الدخول و يشكل بأنّها فوّتت عليه بضعها فيلزم الرجوع عليها بالمهر، كما لو طلّقها ثمّ

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٢٩٨.

(٢) الخلاف: ج ۵ ص ١٠۵ المسألة ١۶.

(۳) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۳ س ۱۶.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۴ س ۲۷.

(۵) فى «ن» بدل «تحرم»: يحرم.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۵۰

راجعها فأنكرت الرجوع فى العدة فحلفت و تزوّجت ثمّ صدّقته، و لا يجدى الفرق ببقاء الزوجية هنا بخلافها فى المسألة كما فى التذكرة «۱». و إلّا يدخل بها فلا مهر لها، لأنّ الفسخ من قبلها.

و لو ارتضعت الصغيرة منها بنفسها «۲» ففى ضمان المهر لها أو نصفه من مال الصغيرة الوجهان فى تفويت البضع، و يقوى هنا كون التمكين كالمباشرة.

و للصغيرة النصف أو الجميع على إشكال تقدّم فى كون الثابت هو النصف أو الجميع، و فى الثبوت لو ارتضعت بنفسها. و يرجع به على الكبيرة مع التفرد بالإرضاع و قصد الإفساد على ما تقدّم، و إلّا فالتفصيل ما تقدّم.

و لو أرضعت الكبيرة الزوجات الصغائر حرمن جمع إن دخل بالكبيرة لكونها امّا و كونهن بنات و إلّا حرمت الكبيرة دائما و الصغائر جمعا إن اتحد الفحل للاخوّة.

و لو أرضعت الصغيرة زوجتاه و لا يمكن عندنا إلّا على التعاقب فالأقرب وفاقا للمحقق فى النافع «۳». تحريم الجميع فالأولى مع الصغيرة ظاهر، لصيرورتها امّا لها. و الأخيرة لأنّ الأخيرة صارت أم من كانت زوجته فتصدق عليها أم الزوجة، لعدم اشتراط بقاء المبدأ فى صدق المشتق.

و فيه: أنّ لفظ الآية «أُمَّهاتُ نِسائِكُمْ» «۴» و النساء جامد.

ثمّ الصغيرة إنّما تحرم أبدا إن كان قد دخل بإحدى الكبيرتين ليصدق الدخول بالأم و إلّا حرمت الكبيرتان مؤبّدا و انفسخ عقد الصغيرة لحرمة الجمع بين الام و البنت، و جاز له تجديد العقد عليها.

و ذهب الشيخ فى النهاية «۵» و أبو على «۶» و ابنا سعيد فى الجامع «۷» و الشرائع «۸»

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۵ س ۸.

(۲) فى ن زيادة: و هى لا تشعر.

(۳) المختصر النافع: ص ۱۷۶.

(۴) النساء: ۲۳.

(۵) النهاية: ج ۲ ص ۲۹۸- ۲۹۹.

(۶) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۲.

(۷) الجامع للشرائع: ص ۴۳۶.

(۸) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۸۶.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۵۱

إلى عدم حرمة الأخيرة، و هو قوى، لأنّ الصغيرة انتقلت عن الزوجية، فليست الآن من نسائه. و لقول أبى جعفر عليه السّلام فى خبر على بن مهزيار: حرمت عليه الجارية و امرأته التى أرضعتها أوّلا، فأمّا الأخيرة فلم تحرم عليه، لأنّها أرضعت ابنته. «۱»

و ظاهر ابن إدريس التردّد، فإنّه جعل التحريم قضية الأصول، و نسب العدم إلى الأخبار «۲».

و لا- فرق بين الرضاع قبل الطلاق لهما أو لإحداهما، أو بعده و قبل الطلاق للصغيرة و بعده على ما اختاره، نعم إن طلّقها قبل الدخول لم تحرم الصغيرة.

و ينفسخ فى جميع الصور من قوله: «و لو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما» نكاح الجميع من الزوجات المرضعة و المرتضعة للجمع بين الأخوات فى صورة، و بين الام و البنت فى غير المطلقة، و ثانية الكبيرتين المرضعتين على التعاقب، و للتحريم المؤبّد للام مطلقا، و للبنت إن دخل بالأم على ما فصل.

و لو أرضعت أمته الموطوءة زوجته حرمتا، و عليه المهر أو نصفه، و لا رجوع على الأمة، إذ لا مال لها إلّا أن تكون مكاتبة مطلقة أو مشروطة، لصيرورتها بحيث ثبت له عليها مال، و لو لم تكن موطوءة حرمت هى دون الزوجة.

و لو كانت الأمة المرضعة لزوجته موطوءة له بالعقد أو التحليل دون الملك تبعت به بعد العتق كسائر الإتلافات المالية على إشكال تقدم فى الرجوع على المرضعة على التفصيل المتقدم.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٠۵ ب ١۴ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ١.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ۵۵۶.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ١۵٢

و يحتمل قويا عدم تسبيب «١» الرضاع، لثبوت التحريم بالمصاهرة الحادثة منه، لا المصاهرة الناشئة «٢» من حكم النسب الناشئ منه كزوجة الابن من الرضاع، و الجمع بين الأختين من الرضاع و نحوهما. و وجه القوّة الأصل و العمومات من نحو «وَ أُحِلَّ لَكُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» «٣» مع نطق الأخبار بأنّ الرضاع بمنزلة النسب دون المصاهرة «۴».

فلأب المرتضع النكاح فى أولاد صاحب اللبن و المرضعة، و يمكن إدراجها فى صاحب اللبن و إن خالف المعهود، لأنّ غايتهن أنّهن أخوات ولده، و أخت الولد إنّما حرمت للدخول بأمّها. و قد عرفت الخلاف فيه، و أنّ النصوص هنا أوجبت الحرمة.

و أن يتزوّج بأم المرضعة نسبا فضلا عن الرضاع، فإنّ غايتها أن تنزّل منزلة أم الزوجة، و لا يكفى، لما عرفت من اعتبار الاسم، و ليست من أمهات النساء. و قد نص عليه فى المبسوط «۵» مع ما ذكر من الوجه. و وافقه ابن حمزة «۶».

و خالف ابن إدريس لزعمه أنّه من التحريم بالنسب نظرا إلى الأمومة «٧». و المصنف فى المختلف «٨» للأخبار المحرّمة لأولاد الفحل و المرضعة على أب المرتضع معلّلة بأنّهم بمنزلة أولاده «٩» لأنّها دلّت على تحريم أخت الولد من الرضاع و هو تحريم بالمصاهرة، فدلّت على إفادة الرضاع الحرمة بالمصاهرة. و فى الدلالة نظر، و الأولى الاقتصار فى الحرمة على ما تضمنته.

و بأخت زوجته من الرضاع أى مرضعة ولده على تعلّق الجار بالزوجة دون الأخت و إن لم يعهد تسميتها زوجة من الرضاع، فإنّه أراد بهذا

---

(١) فى ن بدل «تسبيب»: تسبّب.

(٢) فى ن بدل «الناشئة»: الثابتة.

(٣) النساء: ٢۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٨٠ ب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ٣٠۵.

(۶) الوسيلة: ص ٣٠٢.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۵.

(۸) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۹.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۰۶ ب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

التعبير الإبانة عن علّة الجواز، بأنّ غاية أختها أن يكون أخت زوجتها و هى لا تحرم إلّا بالمصاهرة. و يحتمل بعيدا أن يرجع ضمير زوجته إلى صاحب اللبن، أى الأخت من الرضاع لزوجة صاحب اللبن، و هو بعيد من وجوه لا يخفى.

و الظاهر تعلّق الجار بالأخت، و رجوع الضمير إلى أب المرتضع، أى الأخت من الرضاع لزوجته، و لكنه لا يصح، لأنّ الجمع بين الأختين لا خلاف فى حرمته و إن كانتا أختين من الرضاع، و سيصرح به فى غير موضع، و لأنّه لا يتفرع الحلية على ما قدمه، فإن حرمتها حرمة بالمصاهرة الناشئة عن النسب، فإنّ الأخت من الرضاع بمنزلة الأخت من النسب، و هى حرام جمعا.

و أن ينكح الأخ من الرضاع أم أخيه نسبا أو رضاعا من غير من ارتضعا منها و بالعكس أى ينكح الأخ نسبا أم أخيه رضاعا، و الوجه فيهما أنّ أم الأخ إذا لم تكن أمه إنّما تحرم عليه بنكاح الأب لها و هو مصاهرة.

و الحرمة التى انتشرت من المرتضع إلى المرضعة و فحلها، بمعنى أنّه صار كابن النسب لهما فيتعدى الحرمة إليهما و إلى نسلهما و من فى طبقتهما، لأنّهم خؤولة أو عمومه أو أعلى منهما، لأنّ ولد الولد ولد. و الحرمة التى انتشرت منهما إليه موقوفة عليه و على نسله، دون من هو فى طبقته من اخوته و أخواته فإنّ اخوة الابن إنّما يحرمون على الام لكونها حليلة الأب، و أخوات الابن إنّما يحرمن على الأب للدخول بامهن، و ليس هنا شيء من ذلك.

أو أعلى منه كآبائه و أمهاته. فللفحل نكاح أم المرتضع لأنّ غايتها كونها أم الولد و أخته لعدم الدخول بأمّها و جدّته و إن كانت لامه، لعدم نكاح الام.

و هذا الضابط فى المعنى موافق لما قبله من أنّه إنّما يحرم من الرضاع المحرمات بالنسب و ما يتبعه دون المحرمات بالمصاهرة، و يستثنى من الأعلى أبو المرتضع و إن علا، فيحرم عليه أولاد الفحل و المرضعة على ما تقدّم، و كذا أمها

على ما فى المختلف «۱» و السرائر «۲» كما عرفت. و إن أريد الانتشار بالنسبة إلى أنفسهما لم يحتج إلى الاستثناء.

و فى التذكرة نسب هذا الضابط إلى العامة، ثمّ قال: و قال علماؤنا: إنّ جميع أولاد هذه المرضعة و جميع أولاد الفحل يحرمون على هذا المرتضع و على أبيه و جميع اخوته و أخواته، و أنّهم صاروا بمنزلة الاخوة و الأخوات، و خالف جميع العامة فى ذلك «۳». و نصّ فى الخلاف على حرمة أخت المرتضع على الفحل و أولاده من المرضعة و من غيرها، و أنّ إخوته و أخواته بمنزلة أولاده، و استدل بالإجماع «۴». و نصّ فى المبسوط أيضا على حرمة أولاد الفحل و المرضعة على المرتضع و اخوته و أخواته، و أنّهم صاروا اخوة و أخوات «۵». ثمّ نص على هذا الضابط فيجوز أن يكون حكاية عن العامة.

[فروع]

اشارة

فروع ثلاثة عشر:

[الفرع الأول]

الأوّل: لو زوّج أم ولده بعبد أو بحرّ صغير ثمّ أرضعته أى زوجها من لبنه حرمت عليهما أى الزوج و السيد، لأنّها صارت أم الأوّل و زوجة ابن الثانى، لما عرفت من عدم اشتراط بقاء المبدأ فى صدق المشتق.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو فسخت المرأة نكاح الصغير لعيب أو لعتقها ثمّ تزوّجت و أرضعته أى الصغير بلبن الثانى حرمت عليهما لأنّها أم الأوّل و حليلة ابن الثانى و كذا لو تزوّجت بالكبير أوّلا ثمّ طلّقها بعد أن أحبلها ثمّ تزوّجت بالصغير ثمّ أرضعته من لبنه لذلك بعينه، و لا مهر لها على الصغير على التقديرين، و يحتمل أن يكون له عليها، للتفويت كما سبق.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو أرضعت زوجته الكبيرة زوجتيه الصغيرتين بلبن غيره

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٩.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ٥٥٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٢٢ س ٢٣ و ٣١.

(۴) الخلاف: ج ۵ ص ٩٣ المسألة ١.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ٢٩٢.

دفعة، بأن أعطت كلّ واحدة ثديا من الرضعة الأخيرة و اتفق الكمال منهما دفعة انفسخ عقد الجميع لصيرورتها امّا لهما، و كذا إن أرضعتهما بلبنه إلّا أنّه يحرمن حينئذ مؤبّدا، فلا يجرى التفصيل الآتى، و لو أطلق كان حسنا أيضا لظهور المقصود. و حرمت الكبيرة مؤبدا، و كذا الصغيرتان إن كان قد دخل بالكبيرة و إلّا فله العقد على من شاء منهما دون الجمع.

فإن أرضعت بعد الانفساخ زوجة ثالثة حرمت مؤبّدا إن كان قد دخل بالكبيرة، و إلّا لم تحرم و بقيت زوجته بالنصب خبرا أو حالا من غير فسخ أو انفساخ، لانتفاء الجمع، و لا يجوز له نكاح إحدى الأوّلين إلّا بعد فسخ نكاحها.

و لو أرضعت واحدة ثمّ الباقيتين دفعة حرمن جمع مؤبدا إن كان قد دخل بالكبيرة، و إلّا فسد نكاح الصغائر فالأولى للجمع بينها و بين أمها و الباقيتان للجمع بين الأختين و له العقد ثانيا على من شاء منهنّ دون الكبيرة.

و لو أرضعتهن على التعاقب فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمن مؤبدا، و إن لم يكن دخل انفسخ نكاح الاولى للجمع بينها و بين أمها دون الثانية، لأنّ الكبرى قد بانت برضاع الاولى فلم يكن جامعا بينها و بين بنتها.

فإذا أرضعت الثالثة، احتمل فساد نكاحها خاصة، لأنّ الجمع بين الأختين و هما الثانية و الثالثة تمّ بها، فاختصّت بالفساد، كما لو تزوّج بأخت امرأته بعد التزوّج بها. و احتمل فساد نكاحها مع الثانية و هو الأقوى وفاقا للمبسوط «١» و الخلاف «٢» و التذكرة «٣» لأنّ عند كمال

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٣٠٠.

(٢) الخلاف: ج ۵ ص ١٠۵ المسألة ١٨.

(۳) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۶ س ۸.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۱۵۶

رضاعها صارتا أختين أى أخوّة الأولى أيضا إنّما تحصل برضاع الثانية، لأنّها إضافة لا يمكن حصولها لأحد الطرفين إلّا إذا حصلت للآخر، و لأنّ مجموع الرضاعين علة تامة لأخوّة الأولى، كما أنّه علّة تامة لأخوّة الثانية و إن كان رضاع الثانية جزءا أخيرا، فإن المعلول مستند إلى جميع أجزاء العلّة، و إلّا لم تكن العلّة إلّا الجزء الأخير، فالأخوّة إنّما تحصل لها دفعة فانفسخ نكاحهما، كما لو كان إرضاعهما دفعة من غير فرق، فإنّ علّة الانفساخ فيه أيضا حصول الاخوّتين معا مع صحة العقدين، فلا يمكن الترجيح، و به يحصل الفرق بينه و بين ما إذا تزوّج أخت امرأته، لعدم صحة عقد الثانية.

[الفرع الرابع]

الرابع: لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت عليه الأمة مؤبدا و لم يزل عنه ملكها، و كذا حرمت الزوجة إن كان قد وطأ الأمة و عليه مهرها، و لا رجوع إلّا أن تكون مكاتبة كما مر و إلّا فهى على الزوجية من غير فسخ و لا تحريم و لذا قيّد اللبن بغيره.

[الخامس: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته]

الخامس: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته من غيره ثلاث زوجاته كلّ واحدة زوجة دفعة، حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة لكونها جدّتهن و إلّا الكبيرة خاصة و انفسخ عقد الصغائر، و له تجديده عليهن جمعا، لأنّهن بنات خالات إلّا أن يكون لبن الكلّ من فحل واحد.

و لكلّ صغيرة نصف مهرها أو الكلّ و يرجع به الزوج على مرضعتها، و للكبيرة المهر كلّا و إن دخل بها، و إلّا فكلّا أو نصفا و يرجع به على البنات بالسوية مع الدخول و بدونه، كما نص عليه فى المبسوط «۱» و التذكرة «۲» و التحرير «۳» للتفويت، كما إذا أنكرت الرجوع فتزوّجت ثمّ اعترفت.

و قيل: لا رجوع مع الدخول لاستقرار المهر. و نسبه فى التذكرة إلى بعض الشافعية «۴».

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۳۰۲.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۶ س ۴۰.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۰ س ۳۴.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۶ س ۴۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۱۵۷

و لو ارتضعن بأنفسهن بالاستقلال فلا ضمان لهن أو على المرضعات.

و فيما إذا شعرت للرضعات فلم يمنعهنّ «۱» ما تقدّم. و فى تضمين الصغائر مهر الكبيرة نظر من التفويت، و من عدم ضمان البضع و القصد.

و إن أرضعن على التعاقب تعلّق بالأولى مهر الكبيرة إن دخل بها أو نصفه إن لم يدخل بها، إذ لا تأثير فى نكاحها للباقيتين و نصف مهر الصغيرة أو كلّه.

و على كلّ من الباقيتين نصف مهر من أرضعتها أو كلّه مع الدخول بالكبيرة أرضعتا دفعة أو متعاقبتين و إلّا يكن دخل بالكبيرة

فلا رجوع عليهما لبقاء النكاح بحاله، فإنّ نكاح الكبيرة قد زال قبل الإرضاع فلا جمع بين الصغيرة و جدّتها إلّا إذا كان لبنهما من فحل واحد، فإن أرضعتا دفعة كان له الرجوع عليهما لتسبّبهما للانفساخ من غير رجحان، و إن تعاقبتا رجع على الأخيرة بما يغرمه للصغيرة الأخيرة إن لم ينفسخ إلّا نكاحها، و إلّا فيما يغرمه لها و للثانية، و لا يرجع على المرضعة الثانية و إن تسبّب للآخرة، فإنّها لم تتسبّب للفسخ، [كمن حفر بئرا فى ملكه أو مباح فوقع فيها غيره بدفع دافع فإنّما المضمن السبب القريب] «۲» و إن اتفقت الأوّليان فى الإرضاع و تعقبت الثالثة، رجع بما يغرمه للكبيرة عليهما و بما يغرمه لكلّ من الصغيرتين على مرضعتهما.

[الفرع السادس]

السادس: لو أرضعت أم الكبيرة أو جدتها أو أختها على إشكال فيهما من الإشكال فى فساد العقد على العمة و ابنة أخيها، أو الخالة و ابنة أختها إذا اتفق، أو توقّفه على الإجازة. و على الفساد يشكل الحكم بالبطلان بعد الانعقاد صحيحا، لعدم الدخول فى نصوص «۳» المنع الصغيرة و لم يدخل بالكبيرة انفسخ النكاح على الكبيرة و الصغيرة جميعا لأنّ المرضعة إن كانت الأم فالكبيرة أخت، و إن كانت الأخت فخالة، و إن كانت الجدة للأب

---

(۱) فى المطبوع: يمنعهنّ. و فى ن: يمنعنه، و الصواب ما أثبتناه.

(۲) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «ن».

(۳) فى ن: «خصوص».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۵۸

فالصغيرة عمة أو للأم فالصغيرة خالة، أو لهما فعمة و خالة جميعا.

و ينتفى الإشكال فى إرضاع الأخت بإذن الكبيرة، لجواز الجمع بين الخالة و ابنة الأخت باذن الخالة. و لعلّ التقييد بعدم الدخول بالكبيرة، لأنّه مع الدخول يمكن القول بعدم انفساخ عقدها لكون الدخول مرجحا لها، فيكون كأخت و خالة سبق عقدها، و حينئذ لو أرضعت الجدة لم ينفسخ نكاح الصغيرة أيضا، لجواز نكاح العمة و الخالة على بنت الأخ أو الأخت.

[الفرع السابع]

السابع: لو تزوّج كلّ من الاثنين زوجة صاحبه، ثمّ أرضعت إحداهما الأخرى، حرمت الكبيرة عليهما مؤبدا لعقدهما على الصغيرة، و فيه الخلاف المتقدّم، فإنّها بالنسبة إلى أحدهما أم من كانت زوجته. و حرمت الصغيرة على من دخل بالكبيرة خاصة. و كذا لو تزوجتا بواحد مجتمعتين عنده أم لا ثمّ بآخر كذلك.

[الفرع الثامن]

الثامن: لو أرضعت جدّة الزوجين الصغيرين أحدهما، انفسخ النكاح بينهما لأنّ المرتضع إن كان هو الزوج فهو إمّا عمّ زوجته إن كانت الجدة جدة الصغيرة لأبيها أو خال إن كانت جدتها لأمها، أو كلاهما إن كانت لهما. و إن كانت الزوجة فهى إمّا عمّة أو خالة لزوجها أو هما معا على نحو ذلك من التفصيل.

[الفرع التاسع]

التاسع: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر الحرمة إلى أقاربه للاستصحاب و العمومات و تحقق الشرائط.

[الفرع العاشر]

العاشر: لا- تحرم أم المرضعة من الرضاع على المرتضع، و لا أختها منه، و لا عمتها منه و لا خالتها منه، و من سهو النساخ ما فى بعض النسخ من قوله: و لا- بنات أخيها و لا بنات أختها و إن حرمن إن كنّ للمرضعة بالنسب، لعدم اتحاد الفحل يعنى أنّ هنا رضاعين من فحلين، و قد عرفت اشتراط اتحاد الفحل فى الرضاع، فكما لا اخوّة بالرضاع بينه و بين أولاد المرضعة

خاصة بالرضاع لتعدد الفحل، فكذا ليست أمها من الرضاع جدته و لا «1» مندرجة فى: أمهاتكم اللاتى أرضعنكم و هكذا، و كذا لا يحرم عليه أحد من هؤلاء لصاحب اللبن. و يأتى على قول الطبرسى حرمة الجميع، و قد نص عليها فى أمّ المرضعة و صاحب اللبن من الرضاع «2» و كذا الراوندى «3».

و ينصّ على حرمة أختها من الرضاع ما مرّ من خبرى الحلبى «4» و عمّار «5» المستندين لاشتراط اتحاد الفحل، فإنّما يعتبر اتحاده فى المرتضعين.

و لو أرضعت ذات الابن ذات الأخت أو ذا الأخت أو ذات البنت ذا الأخ لم تحرم الأخت على الابن و لا البنت على الأخ، لما عرفت من عدم انتشار الحرمة إلى من فى طبقة المرتضع، و هو مثل ما تقدّم من قوله: «و لأولاد هذا لأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن، النكاح فى أولاد المرضعة و أولاد فحلها ولادة و رضاعا» و قد تقدم الخلاف فيه، و لكن ما ذكره هنا أعم ممّا تقدم، فإنّ الأخت تشمل الأخت للأم خاصة و الأخت رضاعا.

[الفرع الحادى عشر]

الحادى عشر: حرمة الرضاع تنتشر إلى المحرمات بالمصاهرة الناشئة من حكم النسب الناشئ من الرضاع فليس للرجل نكاح حلائل آبائه من الرضاع، و لا- حلائل أبنائه منه، و لا- أمهات نسائه و لا- بناتهن منه للعمومات، و دخول جميع ذلك فى آية التحريم.

[الفرع الثانى عشر]

الثانى عشر: لو أرضعت من يفسد النكاح بإرضاعه، جاهلة بالزوجية أو بفسادها بالرضاع أو للخوف عليها أى الزوجة المرتضعة من التلف. و بالجملة إذا لم تقصد الإفساد و قلنا بالتضمين لمهر من أفسدت نكاحها ففيه أى التضمين هنا إشكال، ينشأ من كون الرضاع سببا للتلف لا إتلافا فإذا كان مباحا لم يوجب الضمان كحفر

---

(1) فى «ن» زيادة: تكون.

(2) مجمع البيان: ج 3 ص 28.

(3) فقه القرآن: ج 2 ص 90.

(4) وسائل الشيعة: ج 14 ص 294 ب 6 من أبواب ما يحرم بالرضاع ح 3.

(5) المصدر السابق: ح 2.

البئر فی ملكه فكما لا يضمن ما تردى فيه فكذا هنا، و لكونه حينئذ مجرد إحسان: «و مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» و هو صريح المبسوط «1». و من أنّه إتلاف لمتقوّم مضمون لا لمصلحة من أتلف عليه، فلا يتفاوت فيه الحال بين قصد الإفساد و عدمه، و الضرورة، و عدمها.

و إباحة السبب «2» لا يسقط الضمان، كما إذا أقرّت بالنكاح لزيد لزعمها ذلك ثمّ تغيّر اعتقادها فأقرت لعمرو مع كونها محسنة آتية بالواجب عليها. و الفرق بينه و بين الحفر ظاهر، لانفكاك الثانی عن الإتلاف دون الأوّل.

و يندفع بأنّ من البيّن أنّه تسبيب لا إتلاف، و الأصل فيه عدم الضمان إلى أن يتبيّن الخلاف كما ذكر.

[الفرع الثالث عشر]

الثالث عشر: لو سعت الزوجة الصغيرة فارتضعت من الزوجة الكبيرة و هی نائمة أو بحكمها رجع فی مال الصغيرة بمهر الكبيرة أو بنصفه على إشكال من الإتلاف من غير إحسان، و من انتفاء القصد، فيمكن رجوع الإشكال إلى كلّ من أصل ضمان البضع و قدر المضمون من الكلّ أو النصف و خصوص ضمان الطفل هنا.

فإن أرضعتها عشر رضعات ثمّ نامت فارتضعت منها خمسة و هی نائمة احتمل الحوالة بالتحريم أی الفسخ على الأخيرة و جعل ما تقدّمه شرطا فالحكم كما لو كانت نائمة فی الجميع و هو أقوى، خصوصا مع اشتراط قصد الإفساد، فيكون كما لو أنّ أحدا أبطل طيران صيد ثمّ آخر عدوه، كان الصيد للأخير، فلا ضمان على الكبيرة، و لا مهر للصغيرة، لأنّ فسخ نكاحها من قبل نفسها، و رجع بمهر الكبيرة فی مال الصغيرة على الإشكال.

و التقسيط لكون الجميع علّة تامة، و قد عرفت عدم استقلال الجزء الأخير فيسقط ثلث مهر الرضيعة بسبب فعلها، و نصف المهر، لوجود الفرقة قبل الدخول، و يسقط ثلثا مهر الكبيرة بفعلها. فإن كانت غير

(1) المبسوط: ج 5 ص 298.

(2) فی ن: المسبب.

مدخول بها سقط الباقی، لأنّه ثلث، و هو أقل من النصف الساقط بالفرقة قبل الدخول، و إن كانت مدخولا بها ثبت لها الثلث. هذا على تضمين تفويت البضع، و إلّا ثبت بالدخول المهر كاملا، و يقوى هنا ثبوته، لعدم التفويت، و عليهما فيرجع على الصغيرة على إشكال تقدّم.

و يغرم الزوج للصغيرة سدس مهرها، و يرجع به على الكبيرة هذا إن اعتبرنا سقوط القسط من المهر بالفرقة بعد السقوط بفعل الزوجة.

و يحتمل العكس، فلا يتحقق إلّا سقوط سدس مهر الصغيرة بفعلها و النصف بالفرقة، فيثبت لها الثلث حينئذ. و تغرم الكبيرة ثلثه و سقوط ثلث مهر الكبيرة بفعلها و النصف بالفرقة فيثبت لها السدس. و تغرم الصغيرة سدسه إن كان قبل الدخول و بعده ثبت لها الكلّ. و فی غرامة الصغيرة لها إشكال من استقراره بالدخول، و من التفويت كما عرفت فی الرجوع على بنات الكبيرة إن أرضعن الصغيرة.

و إن انعكس بأن ارتضعت خمسا و هی نائمة ثمّ أرضعتها عشرا عالمة بالخمس جرى الاحتمالان، و الأقوى الحوالة على الأخير

أيضا.

و يحتمل على التقديرين التقسيط عليهما بالسوية اعتبارا بعدد الفاعل، كما أنّه لو جرحه واحد مائة و الآخر واحدا ضمنا بالسوية.

[خاتمة]

خاتمة الأقرب قبول شهادة النساء منفردات بالرضاع وفاقا للمفيد «۱» و المرتضى «۲» و سلار «۳» و الحسن «۴» و أبى على «۵» و ابن حمزة «۶» لأنّه من الأمور

---

(۱) المقنعة: ص ۷۲۷.

(۲) الناصريات: ص ۳۳۹.

(۳) المراسم: ص ۲۳۳.

(۴) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۸ ص ۴۷۳.

(۵) حكاه عنه فى المصدر السابق.

(۶) الوسيلة: ص ۲۲۲.

الخفية عن الرجال غالبا، فيدخل فى عموم الأخبار الناطقة بقبول شهادتهن فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه «۱» و لعموم مفهوم مرسل ابن بكير عن الصادق عليه السّلام فى امرأة أرضعت غلاما و جارية، قال: يعلم ذلك غيرها؟ قال: لا.

قال: لا تصدّق إن لم يكن غيرها «۲». و مفهوم ما ورد فى نقصان عقولهن لكون شهادة امرأتين بشهادة رجل «۳» و ضعفهما ظاهر. و لم يقبلها الشيخ «۴» و ابنا إدريس «۵» و سعيد «۶» و المصنف فى التحرير «۷» هنا، لأصالة الإباحة، و الشك فى الدخول فى الأمور التى لا يستطيع الرجال الشهادة عليه.

و على الأوّل فلا بدّ من أربع، لأنّ المعهود قيام امرأتين مقام رجل، و توقّف ثبوت الحقّ على شهادة رجلين. و قبل المفيد و سلار شهادة واحدة مأمونة «۸» و كذا أبو على «۹» فى ربع الحقّ المترتّب عليه، و شهادة امرأتين فى النصف و هكذا، و لعلّهم استندوا إلى الأخبار الناطقة بقبول شهادة امرأتين و امرأة فى الولادة «۱۰».

و قال السيد فى الطبريات: إنّ أصحابنا يستحبّون قبول شهادة الواحدة تنزيها للنكاح عن الشبهة و احتياطا فيه «۱۱».

و لا إشكال فى أنّه يكفى الرجلان الشاهدان، و يكفى الشاهد و المرأتان خلافا للتحرير «۱۲» هنا. و لا يقبل فى الشهادة على الإقرار به إلّا رجلان شاهدان لأنّه ليس من الأمور الخفية لتقبل

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۸ ص ۲۵۸ ب ۲۴ من أبواب الشهادات.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۰۴ ب ۱۲ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۸ ص ۱۹۹ ب ۱۵ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ح ۵.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۳۱۱.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۵۲۱.

(۶) نزهة الناظر: ص ۱۱۶.

اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج۷، ص: ۱۶۲

(۷) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۱ س ۲۸.

(۸) المقنعة: ص ۷۲۷، و المراسم: ص ۲۳۳.

(۹) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۸ ص ۴۷۴.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۸ ص ۲۵۸ ب ۲۴ من أبواب الشهادات.

(۱۱) الطبريات (الناصريات فى الجوامع الفقهية): ص ۲۴۸ المسألة ۱۶۰.

(۱۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۱ س ۲۸.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۱۶۳

شهادتهن منفردات و لا مالا، و ما الغرض منه المال لتقبل شهادتهنّ منضمّات.

و يفتقر الشهادة بالرضاع فى قبولها إلى التفصيل، فلا يسمع الشهادة به مطلقة لاختلاف الآراء فى الرضاع المحرّم، فربّما اعتقد الشاهد التحريم فيما لا يحرم عند الحاكم، إلّا أن يكون الشاهدان مقلّدين للحاكم عارفين بما يشترط عنده و يكون واثقا بمعرفتهما، فيحتمل قبول الإطلاق.

و تسمع الشهادة المطلقة أو الإطلاق فى الشهادة على الإقرار به لعدم الاختلاف، و أمّا ما يقال: من أنّ المقرّ ربّما ظن محرما ليس منه فهو أمر آخر لا تعلّق له بالشهادة، مع أنّه ربّما يقال: ليس على الحاكم الاستفصال إذا ثبت الإقرار، لعموم مؤاخذة العقلاء بإقرارهم «۱».

و لا يتحمّل الشاهد الشهادة بالرضاع إلّا بأربع شرائط:

الاولى: أن يعرفها ذات لبن معتبر فى الرضاع.

و الثانية: أن يشاهد الصبى قد التقم حلمة الثدى.

و الثالثة: أن يكون الثدى مكشوفا لئلّا يحتمل أنّه يلتقم غير الحلمة و الثانية مشتملة عليها إلّا أن يكون المعتبر فيها التقام الثدى، و فى الثالثة التقام حلمته.

و الرابعة: أن يشاهد امتصاصه للثدى، و يعلم ذلك من تحريك شفتيه و التجرّع و حركة الحلق و الظاهر أنّها هى الثالثة و الرابعة، و ما قبلها شرطان، فالثالثة مشاهدة امتصاصه من الثدى، و علامته تحريك شفتيه، و الرابعة مشاهدة التجرّع و علامته حركة الحلق.

ثمّ لا بدّ حين الأداء أن يشهد على القطع بأنّ بينهما رضاعا محرّما بالتفصيل لا بمجرد هذا اللفظ، فإن لم يحصل له العلم مع تحقق الشرائط لم يجز له الشهادة، و إن شهد لا على القطع لم تفد.

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۱۱۱ ب ۳ من أبواب كتاب الإقرار ح ۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۱۶۴

و إن شهد على فعل الإرضاع فلا يتوهمن أنّه لا يفتقر فيه إلى القطع لكونه كالإقرار و لا يشترط العلم بالمقرّ به، فإنّه لو سلم فلا

شبهة فى اشتراط العلم بالإقرار. و لا أنّه لا يشترط فيه التفصيل، كما لا يشترط فى الشهادة على الإقرار.

و لا أنّه لا يشترط فى تحمل الشهادة به الشروط المذكورة، إذ ربّما يحصل العلم بإخبار المرضعة بكمالها، فإنّ العدل لا يشهد فى مثله إلّا بالإقرار و الإخبار و نحوهما. فهذه الجملة منفصلة عمّا بعدها حال عن فاعل «يشهد على القطع» أو عن فاعل الجمل المتقدمة من قوله: «و يفتقر إلى التفصيل» جميعا. و قوله: «و تسمع فى الإقرار به» معترضة.

ثمّ فصل الرضاع المحرّم الذى يشهد به بقوله: فليذكر الوقت و العدد لئلّا يتوهّم الاكتفاء بمجرد لفظ رضاع محرّم، أى و إذا شهد فليذكر الوقت و هو قبل الحولين و العدد و ما فى حكمه و نحوهما ممّا اختلف فيه.

و يحتمل اتصال الجملتين بأن يكون هذه جوابا لقوله: «و إن شهد على فعل الإرضاع» و يكون المراد دفع توهّم أنّه إن شهد بلفظ الرضاع أو الإرضاع أو الارتضاع لم يفتقر إلى التفصيل، لانصرافه إلى المعتبر شرعا، فقال: إن شهد بالإرضاع أو نحوه من اللفظين الآخرين. أو يعمم الإرضاع للمبنى للمفعول فلا بدّ أيضا من التفصيل، لأنّ العلّة فى وجوبه الاختلاف. أو المراد أنّه إن شهد بالإرضاع المحرم دون الرضاع أو الارتضاع لم يفتقر إلى ذكر غير الوقت- أى الحولين- و الكون قبل الولادة أو بعدها و العدد و ما فى حكمه من اليوم و الليلة، فإنّ لفظ الإرضاع يدلّ على سائر الشروط، لعدم صدقه إلّا مع حياة المرتضع و المرضعة، و الشرب من الثدى. و التحريم يدلّ على كون اللبن من نكاح صحيح أو شبهة و اتحاد الفحل، لندرة الخلاف فى الشبهة و الفحل. أو لأنّه ربّما لا يحتاج إلى التعرض لاتحاد الفحل، كما إذا أريد التحريم على زوج المرضعة فإنّ الشهادة بالرضاع المحرّم عليه يتضمن كون اللبن كلّه منه. و كون الشبهة عند المصنف كالنكاح الصحيح، فلا حاجة عنده إلى التعريض لكونه عن نكاح صحيح. أو يقال

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ١٦٥

إنّهما داخلان فى الوقت، لأنّه يقول: أرضعته حين ولدت أو حملت من فلان بالنكاح أو الشبهة. أو الأوّل داخل فى الوقت و الثانى فى العدد، فإنّه يقول- مثلا-:

أرضعته خمس عشرة رضعة من لبن فلان.

و الأقرب أنّه ليس عليه ذكر وصول اللبن إلى الجوف إذا ذكر الرضاع أو الشرب أو نحوهما لتضمنها له، و لأنّه لا طريق إلى العلم به إلّا مشاهدة الامتصاص و حركة الحلق، و هما لا يفيدان القطع به مع الاجتزاء بهما فى الحكم بالرضاع.

و اختار فى التذكرة «١» و التحرير «٢» وجوب ذكره، كما يجب ذكر الإيلاج فى الشهادة بالزنا وفاقا للمبسوط «٣» قال: لأنّ الحرمة تتعلّق بالوصول إلى الجوف «۴».

و يمكن أن يكون أراد وجوبه إذا لم يذكر فى الشهادة ما يتضمنه، كأن يقول:

رأيته يمتص الثدى و نحوه، أو لما ذكر الرضاع أو نحوه احتمل احتمالا ظاهرا أن يكون أراد به الامتصاص و إن لم يعلم التجرّع و أن يراه محرّما، و حينئذ فلا اختلاف بين كتبه. و لكن فى المبسوط نص على اعتباره مع التصريح بالإرضاع «۵».

و لا يكفى حكاية القرائن و إن أوجبت له العلم بأن يقول: رأيته قد التقم الثدى و حلقه يتحرك إذ ربّما لم يوجب العلم للحاكم لظهور الفرق بين المشاهدة و الحكاية.

و يقبل فى الرضاع بين الزوجين شهادة أمّها و جدّتها و أمّ الزوج و جدّته، سواء ادعى الرضاع الزوج أو الزوجة خلافا للعامة «۶» ففرقوا بين الصورتين.

و لو شهدت أم الزوجة و بنتها أو أم الزوج و بنته سمعت الشهادة

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٢٨ س ٣١.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ١٢ س ۴.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ٣١٣.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٢٨ س ٣٢.

(۵) المصدر السابق.

(٦) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢٢٦ و فيه: «أمه أو ابنته و أمها أو ابنتها».

كانت لهما أو عليهما ما لم يتضمن شهادة على الوالد سواء كانت الشهادة بما يوجب الاخوّة بين الزوجين أو بغيره.

و قالت الشافعية: لا يتصوّر شهادة البنت على أمها بأنّها ارتضعت من أم الزوج، لاشتراط الشهادة عليه بالمشاهدة، نعم يتصوّر بأنّها أرضعت الزوج فى صغره أو أرضعته أمها، و حكاه عنهم فى التذكرة «١» ساكتا عليه. و الظاهر القبول مطلقا، لمنع اشتراط المشاهدة، إذ ربّما يحصل العلم بالاستفاضة و نحوها، و لا يظهر لذكر الام هنا وجه، فإنّه لا يشترط سماع شهادة البنت بشهادة الأم، و إن أراد بالواو معنى «أو» كان تكرارا لما قبله. و يمكن أن يكون ضم الام لتقوية شهادة البنت. و أن يكون تردد فى سماع شهادتها و حدها خصوصا مع تكذيب الام.

و لو شهدت المرضعة أن بينهما أى بين اثنتين أو بينها و بينه رضاعا قبلت على التقديرين مع ثلاث أو أخرى و رجل، لأنّها لم تشهد على فعلها و إن كانت الشهادة بالرضاع بينها و بينه، لجواز ارتضاعه منها و هى نائمة، و لا يفيد لها اجرة إن ادعتها، و لا يردّ الشهادة بالتهمة بنحو المحرمية.

و إنّما لا تقبل لو شهدت مع ثلاث أنّها ولدته، لترتب النفقة و الميراث هنا فهى متهمة بما يمنع من قبول شهادتها.

و لو شهدت بأنّى أرضعته فالأقرب القبول ما لم تدّع أجرة بأن أقرّت بالتبرع أو الإبراء أو الأخذ، لانتفاء المانع حينئذ. و وجه الخلاف أنّها شهادة على فعل نفسها فهى فى معنى الدعوى أو الإقرار. و يدفعه أنّ المقصود بالشهادة إنّما هو الارتضاع و هو فعله. و إن ادّعت اجرة لم تقبل للتهمة. و للشافعية وجه بالعدم بالنسبة إلى الأجرة و القبول بالنسبة إلى الرضاع و سائر فروعه «٢».

و لو ادّعى بعد العقد على امرأة أنّها أخته من الرضاع أو امّه و أمكن بأن لم يكن أصغر منها سنّا فادعى امومتها و كان أكبر منها بحيث لا يمكن أن ترضعه من أرضعتها. فإن صدقته و كان قبل الدخول بطل العقد

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٢٨ س ٨.

(٢) مغنى المحتاج: ج ٣ ص ۴٢۴.

لانحصار الدعوى بينهما و قد تصادقا عليها و لا مهر لها و لا متعة لفساد النكاح من أصله. و إن كان بعد الدخول بطل العقد أيضا، و لكن لما دخل بها فلها المسمّى مع الجهل أى جهلها بالرضاع أو حكمه وفاقا للشيخ و نسبه إلينا «١» فاشعر بالإجماع، لأنّ النكاح مناط الشبهة، فالوطء به كالوطء فى النكاح الصحيح، و لأنّهما إنّما تراضيا به. و لا شي‌ء مع العلم أى علمها بالتحريم لأنّها بغىّ و يحتمل مع الجهل ثبوت مهر المثل لتبين فساد العقد من أصله، و الوطء إنّما يوجب مهر المثل، و هو الصحيح وفاقا للتذكرة «٢». و الضابط أنّ الدخول بعد العقد الفاسد يوجب مهر المثل و قبل الفسخ يوجب المسمّى.

و إن كذّبته فإن كان قبل الدخول و لا بيّنة له حكم عليه بالحرمة لأنّها مقتضى إقراره و نصف الصداق وفاقا للشيخ «٣» لأنّه فرقة

من قبله قبل الدخول كالطلاق و يحتمل ثبوت الجميع لأنّه ثبت بالعقد و لم يثبت ما يوجب تشطيرها، و هو الأقوى، إلّا أن يؤمر بالطلاق فطلقها اختيارا أو جبرا أو فسخ الحاكم أو فسخت هى. و إن كان بعده أى الدخول فلا إشكال فى ثبوت الجميع.

و لو ادّعت هى الرضاع سمعت هى أو دعواها و إن كانت هى التى رضيت بالعقد، لجواز جهلها به حالة العقد و تجدّد العلم لها بخبر الثقات خلافا لبعض العامة «۴» و لذا و لقوّة البعد فى طرفها لأنّها موجبة خصّها بهذا القيد، و يظهر منها أنّها لو ادعت مع «۵» علمها بالحال حين العقد لم يلتفت إليها لتكذيب فعلها لقولها.

فإن صدّقها الزوج وقعت الفرقة و ثبت المهر مع الدخول و جهلها، و إلّا يكن دخل بها فلا مهر لها.

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۳۱۴.

(۲) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۹ س ۱۱.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۳۱۴.

(۴) مغنى المحتاج: ج ۳ ص ۴۲۳.

(۵) فى المطبوع بدل «مع»: حينئذ.

و لو كذّبها لم تقع الفرقة و عليها أن لا تمكّنه من نفسها ما أمكنها، و تفتدى عنها «۱» بما أمكنها. و ليس لها المطالبة بالمسمّى كلّا أو بعضا لا قبل الدخول و لا بعده لفساد العقد على قولها، و لا مهر المثل إن كان أكثر من المسمّى، لأنّه دعوى منها بلا بيّنة، فإنّما يثبت لها بعد الدخول أقل الأمرين.

و يحتمل مطالبته بمهر المثل بعد الدخول لأنّه دخول بعد عقد تبيّن فساده من أصله مع جهلها، و هو إنّما يتمّ من قبلها، لأنّه لم يتبين الفساد للزوج.

و لها إحلافه على نفى العلم إن ادّعت أو احتملت علمه كما هو شأن الحلف على نفى فعل الغير. فإن نكل حلفت على البتّ كما هو شأن الحلف على إثبات فعل فيحكم بالفرقة، و المهر مهر المثل أو الأقل مع الدخول لا قبله لاعترافها بعدم الاستحقاق.

و لو نكلت أو كان قد حلف الزوج أوّلا فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها به لاعترافه باستحقاقها له، إلّا إذا طلقها فإنّه يستحب له إذا احتمل صدقها فيرتجع نصفه و إلّا يكن دفعه إليها لم يكن لها المطالبة لاعترافها بعدم الاستحقاق، فإن كان عينا كان مالا مجهول المالك، و كذا إذا قبضته و كان باقيا فكان العقد ثابتا فى الظاهر، أمّا إذا نكلت فظاهر، و أمّا إذا حلف أوّلا ففيه نظر، لأنّ نفى علمه لا ينفيه، فيمكن أن تحلف على ما ادعته.

و الأقرب أنّه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجية و إن نكلت لاعترافها بعدم الاستحقاق، بل يجب عليها الفرار من بعضها ما أمكنها، و ربّما احتملت المطالبة بغير القسم و الجماع لإقراره بالزوجية و لزوم حقوقها، و ضعفه ظاهر.

على إشكال فى النفقة من إقرارها، و من أنّها محبوسة عليه، و المنع من التمكين من جهة الشرع.

و قد يقال: إنّها إن رجعت عن دعواها و صدقت الزوج فى عدم الرضاع كانت لها المطالبة بالحقوق، و غاية المطالبة بها الرجوع عن الدعوى، فينبغى جوازها لها.

---

(۱) كذا، و الظاهر: نفسها.

و لو رجع أحد الزوجين بعد إقراره بالرضاع عنه بعد الفرقة لم يقبل رجوعه فيه ظاهرا و إن ادعى الغلط الممكن، لأنّ الإنكار لا يسمع بعد الإقرار، و يفهم من القيد سماعه قبل الفرقة، و لعلّه لكونه إقرارا بالنكاح بعد إنكاره، و أطلق فى التذكرة عدم السماع «۱».

و لو اعترف قبل العقد بالرضاع لم يجز له العقد عليها، و كذا إذا اعترفت المرأة، سواء صدّقه الآخر أو لا و لو أوقع العقد حينئذ لم يقع ظاهرا. و لو رجع المعترف منهما بالرضاع لم يقبل رجوعه كما فى سائر الأقارير.

و لو أقرّ برضاع ممتنع كأن أقر بارتضاعه ممّن هى أصغر منه لم يلحق به حكم عندنا قبل العقد و بعده صدّقه الآخر أم لا، خلافا لأبى حنيفة «۲» لعموم المؤاخذة بالإقرار.

[الفصل الثانى المصاهرة]

الفصل الثانى: المصاهرة و هى القرابة بالزواج و ما فى حكمه أو الحرمة بتلك القرابة.

كلّ من وطأ بالعقد الصحيح الدائم الأثر، و الإسناد مجازى، [أو العقد للمفعول] «۳» أو المنقطع أو الملك للعين، أو المنفعة بالتحليل حرم عليه أم الموطوءة و إن علت لأب أو لام و بناتها و إن نزلن لابن أو لبنت سواء تقدّمت ولادتهن على الوطء أو تأخّرت و إن لم يكن فى حجره أى فى حضانته و حفظه و ستره.

و التقييد فى الآية «۴» إخراج للكلام مجرى الغالب كما هو المشهور، أو للتعليل كما فى الكشاف «۵» أو لأنّ الربيبة فى اللغة لا يختص بابنة الزوجة، و إنّما

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۲۹ س ۵.

(۲) الحاوى الكبير: ج ۱۱ ص ۴۰۶.

(۳) لم يرد فى ن.

(۴) النساء: ۲۳.

(۵) تفسير الكشاف: ج ۱ ص ۴۹۵.

اختصاصها بها عرف طارئ، فالتقييد للتخصيص، و بنت المرأة فى حفظ الرجل و حضانته و ستره أصالة، لأنّ الرِّجٰالُ قَوّٰامُونَ عَلَى النِّسٰاءِ، فإن لم تكن كذلك فبالعرض، لأنّ «۱» الرقيق عيال المولى و إن كان يعرض كثيرا خلافه. أو المراد بالحجر القرابة، و هى فى قرابته مطلقا.

و بالجملة فلا خلاف عندنا فى تحريم من ذكر تحريما مؤبّدا و ما روته العامة «۲» عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنّه اشترط الكون فى الحجر من أكاذيبهم.

و أخت الزوجة جمعا بينهما و هو تمييز أو مصدر أو حال.

و كذا يحرم عندنا الجمع بينها و بين بنت أخيها و بينها و بين بنت أختها من نسب و رضاع كما فى المبسوط «۳» و المهذب «۴» و سيأتى إذا تقدم العقد عليها إلّا أن ترضى الزوجة بالاتفاق كما فى الانتصار «۵» و الناصريات «۶» و الخلاف «۷» و الغنية «۸» و التذكرة «۹» خلافا للعامة فحرّموه مطلقا «۱۰» و ربّما توهمه عبارة المقنع «۱۱» و لا بنى الجنيد «۱۲» و أبى عقيل «۱۳» فجوّزاه

مطلقا، لقوله تعالى «وَ أَحِلَّ لَكَمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكَمْ» «۱۴» و الأخبار «۱۵» معارضة بأكثر و أشهر، و نحن نقول بموجبها، فإنّه يحلّ مع الرضا، و يمكن حمل كلامهما أيضا على تقدير الرضا.

و له إدخال العمة و الخالة عليهما أى بنت الأخ و بنت الأخت و إن كرهت المدخول عليها إلّا أن لا ترضى الداخلة، و أطلق الصدوق المنع منه

---

(۱) فى ن: و نسخة بدل المطبوع، بدل «لأنّ»: كما أنّ.

(۲) المغنى لابن قدامة: ج ۷ ص ۴۷۳.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۶.

(۴) المهذب: ج ۲ ص ۱۸۸.

(۵) الانتصار: ص ۱۱۶.

(۶) لم نعثر عليه.

(۷) الخلاف: ج ۴ ص ۲۹۶ المسألة ۶۴.

(۸) الغنية: ص ۳۳۹.

(۹) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۳۸ س ۱۱.

(۱۰) المجموع: ج ۱۶ ص ۲۲۳.

(۱۱) المقنع: ص ۱۱۰.

(۱۲) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۵۹.

(۱۳) حكاه عنه فى المصدر السابق.

(۱۴) النساء: ۲۴.

(۱۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۵ ب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

فى المقنع «۱»، و لعلّ القيد مراد.

و هل يلحق الوطء بالشبهة و الزنا بالصحيح؟ خلاف أقربه اللحوق، وفاقا للتذكرة «۲» و المختلف «۳» و الشيخ «۴» و جماعة، للأخبار المستفيضة من صحيح و حسن و غيرهما «۵» من غير معارض فى الزنا.

و فى الغنية الإجماع على الحرمة على أبى الزانى و ابنه، و الشبهة أولى، فإنّها أقرب إلى الوطء الصحيح «۶». و فى المبسوط نفى الخلاف فى نشرهما الحرمة «۷».

و دليل الخلاف عموم «وَ أُحِلَّ لَكُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» «۸» و بعض الأخبار «۹».

و الإجماع، حكاه السيد فى الطبريات «۱۰» فى الزنا.

و يدفع الأوّل بتخصيصه بالأخبار مع إمكان شمول «أُمَّهٰاتُ نِسٰائِكُمْ» لأمهات الموطوءة بشبهة و المزنى بهن، فإنّهن من نسائهم بأدنى ملابسة، و كذا «وَ لٰا تَنْكِحُوا مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ» و بأنّ الغالب فى الكتاب البناء على ما هو الأصل فى الشريعة و الزنا و الشبهة خارجان. و الثانى بالضعف. و الثالث بالمنع.

و لا يحرم الزنا المتأخّر عن العقد و إن قلنا بالتحريم به مع السبق وفاقا للأكثر، لوقوع العقد صحيحا، فالأصل بقاؤه إلى أن يعلم

طروء الفساد عليه، و قوله صلّى اللّه عليه و آله: لا يفسد الحرام الحلال «١١» و قول الصادقين عليهما السّلام: ما حرّم حرام حلالا قطّ «١٢» و لا يحرّم الحلال الحرام «١٣».

---

(١) المقنع: ص ١١٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٣١ س ٣٨.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٢ و ٤٦.

(٤) المبسوط: ج ۴ ص ٢٠٢ و ٢٠٣.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣١٩ ب ۴ و ۶ و ٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(۶) الغنية: ص ٣٣٧.

(٧) المبسوط: ج ۴ ص ٢٠٨.

(٨) النساء: ٢۴.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢۴ ب ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ٧ و ١٠ و ١١.

(١٠) الناصريات: ص ٣١٨.

(١١) سنن الدارقطنى: ج ٣ ص ٢۶٨ ح ٨٧ و فيه: «لا يفسد الحلال بالحرام».

(١٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢۶ ب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ٣.

(١٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢۶ ب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ٢.

و قال أبو على: إن عقد الأب أو الابن على امرأة فزنى بها الآخر حرمت على العاقد ما لم يطأها «١» لعموم «مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ» مع عدم القول بالفرق، و لخبر عمّار عن الصادق عليه السّلام: فى الرجل يكون له الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد، أو الرجل يزنى بالمرأة هل يحل لابنه أن يتزوّجها؟ قال: لا إنّما ذلك إذا تزوّجها فوطأها ثمّ زنى بها ابنه لم يضرّه، لأنّ الحرام لا يفسد الحلال و كذا الجارية «٢».

و الجواب عن الأوّل المنع من إرادة الوطء أو ما يعمّه. و الثانى ضعيف سندا و دلالة.

و أمّا النظر و اللمس بما يحرم لكونهما بشهوة أو إلى غير الوجه و الكفين على غير المالك لهما شرعا أو النظر إلى المملوكة و لمسها بما يحرم على غير المالك لها و القبلة فلا تنشر الحرمة، حلالا كانت أم حراما، للأصل، و عموم «مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» و «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» «٣» و الأخبار كصحيح العيص سأل الصادق عليه السّلام عن رجل باشر امرأته و قبّل غير أنّه لم يفض إليها ثمّ تزوّج بنتها، قال: إن لم يكن أفضى فلا بأس، و إن كان أفضى فلا يتزوّج «۴». و خبر على بن يقطين عن الكاظم عليه السّلام فى الرجل يقبّل الجارية و يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أ تحل لابنه و أبيه؟ قال: لا بأس «۵».

و قيل فى النهاية «۶» و الوسيلة «٧» و المهذب «٨» و الغنية «٩» و المقنع «١٠».

---

(١) حكاه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢٠ ب ۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣.

(٣) النساء: ٢۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۲۳ ب ۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۸۵ ب ۷۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۳.

(۶) النهاية: ج ۲ ص ۲۹۰.

(۷) الوسيلة: ص ۳۰۷.

(۸) المهذب: ج ۲ ص ۲۴۶.

(۹) الغنية: ص ۳۳۷.

(۱۰) المقنع: ص ۱۰۹.

إنّها أى النظر و ما بعده تحرّم المرأة، و أنّ المرأة المنظورة و الملموسة تحرم على أبى اللامس و الناظر و ابنه خاصة أى نشر الحرمة فى هذه المسألة خاصة دون أم المنظورة إلى آخره، أو متصل بقوله: فيما يملكانه أى الحرمة إنّما هى فى الأمة دون الأجنبية.

و على التقديرين يجوز أن يكون «ما» عبارة عن المرأة و عن النظر و ما بعده، فإنّ النظر و اللمس إنّما يملكان فى الزوجة و الأمة، و الاولى خارجة عن المسألة، لكنه حينئذ يشمل أمة الغير المحللة له. و دليل هذا القول أنّها أقوى من العقد فإذا حرمت به حرمت بها، و أخبار:

منها: صحيح ابن بزيع سأل الرضا عليه السّلام عن الرجل تكون له الجارية فقبّلها «۱» هل تحلّ لولده؟ فقال: بشهوة؟ قال: نعم، قال: ما ترك شيئا إذا قبّلها بشهوة، ثمّ قال ابتداء منه: إن جرّدها فنظر إليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه، قلت: إذا نظر إلى جسدها، فقال: إذا نظر إلى فرجها و جسدها بشهوة حرمت عليه «۲».

و صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السّلام فى الرجل تكون عنده الجارية يجرّدها و ينظر إلى جسدها نظر شهوة هل تحل لأبيه، و إن فعل أبوه هل تحل لابنه؟ قال: إذا نظر إليها بشهوة و نظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه، و إن فعل ذلك الابن لم تحلّ للأب «۳».

و هو يدلّ على الحرمة إذا نظر إلى ما لا يحل النظر إليه لغير المالك و إن لم يكن بشهوة؟

و قال المفيد بالحرمة على الابن دون الأب «۴» و التقى «۵» و سلار «۶» أيضا اقتصرا

---

(۱) كذا، و فى المصدر: فيقبّلها.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۱۷ ب ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۱۸ ب ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۶.

(۴) المقنعة: ص ۵۴۳.

(۵) الكافى فى الفقه: ص ۲۸۶.

(۶) المراسم: ص ۱۴۹.

على ذكر الحرمة على الابن، و الخبران حجة عليهم، و لا حجة لهم فى صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السّلام: إذا جرّد الرجل الجارية و وضع يده عليها فلا تحلّ لابنه «۱» «۲».

ثمّ إنّ التحريم على القول به إنّما هو بالنظر إلى الفاعل دون المفعول بها، فلا تحرم أم المنظورة أو الملموسة و لا ابنتهما و لا أختهما بمعنى جواز الجمع بين الأختين بالملك مع لمسهما و النظر إليهما، للأصل و عموم:

«فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» «۳». و نحو صحيح العيص سأل الصادق عليه السّلام عن رجل باشر امرأته و قبّل غير أنّه لم يفض إليها ثمّ إنّه تزوج ابنتها، فقال: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس «۴».

و قال أبو على بحرمة البنت على من أتى من امرأته أو أمته، بما يحرم على غيره كالقبلة و الملامسة و النظر إلى العورة «۵».

و الشيخ فى الخلاف بأنّ القبلة و اللمس بشهوة مباحا أو شبهة، و النظر إلى الفرج تحرّم الام و إن علت و البنت و إن نزلت، للإجماع، و الاحتياط، و الأخبار فعن النبى صلّى اللّه عليه و آله: لا ينظر اللّه إلى رجل نظر إلى فرج امرأة و ابنتها، و عنه صلّى اللّه عليه و آله:

من كشف قناع امرأة حرم عليه أمها و بنتها «۶». و صحيح محمد بن مسلم سأل أحدهما عليهما السّلام عن رجل تزوّج امرأة فنظر إلى رأسها و إلى بعض جسدها أ يتزوّج ابنتها؟ قال: لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوّج ابنتها «۷».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۱۸ ب ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۴.

(۲) زاد فى «ن» و قوله تعالى «فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ».

(۳) النساء: ۲۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۵۴ ب ۱۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۳.

(۵) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۷.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۳۰۸- ۳۰۹ المسألة ۸۱ و ۸۲.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۵۳ ب ۱۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۱.

و نحوه أخبار أخر «۱».

و الجواب: الحمل على الكراهة كما فى التهذيب «۲» و الاستبصار «۳».

و الأقرب الكراهة فى الجميع، لما تقدم، و منع الإجماع و المعارضة بقوله تعالى «فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ» «۴» لكن يقوى عندى الحرمة على أب الناظر و اللامس و ابنه، لصحيحين «۵» و نحوهما، مع ضعف المعارض. و فى الإيضاح «۶» حكاية قول بأنّ النظر المحرّم إلى الأجنبيّة يحرّم أمها و بنتها.

و لا خلاف فى انتفاء التحريم مطلقا بما يحلّ لغير المالك كنظر الوجه و لمس الكفّ بغير شهوة أو ريبة، و فى جواز لمس الكف نظر.

أمّا العقد المجرد عن الوطء و ما فى حكمه فإنّه يحرّم أم الزوجة تحريما مؤبّدا على الأصح الأشهر، لعموم «أُمَّهاتُ نِسائِكُمْ» «۷» و للأخبار «۸» و الاحتياط، و الإجماع على ما فى الناصريات «۹» و اشترط الحسن الدخول «۱۰» للأخبار، كصحيح جميل بن دراج و حمّاد بن عيسى عن الصادق عليه السّلام قال: الام و البنت سواء إذا لم يدخل بها، يعنى إذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فإنه إن شاء تزوج أمها و إن شاء ابنتها «۱۱»

---

(۱) المصدر السابق: ح ۲ و وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۱۷ و ۳۱۸ ب ۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۱ و ۲ و ۶ و ۷.

(۲) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۸۰ ذيل الحديث ۲۴.

(۳) الاستبصار: ج ۳ ص ۱۶۳ ذيل الحديث ۵۹۱.

(۴) النساء: ۲۳.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۵۳ ب ۱۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۱ و ۲.

(۶) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۶۶.

(۷) النساء: ۲۳.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۵۴ ب ۲۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها.

(۹) الناصريات: ص ۳۱۷.

(۱۰) نقله عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۷.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۵۵ ب ۲۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۳.

و صحيح منصور بن حازم قال: كنت عند أبى عبد اللّه عليه السّلام فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوّج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أ يتزوّج بأمها؟ فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام: قد فعله رجل منّا فلم نر به بأسا، فقلت: جعلت فداك ما يفخر الشيعة إلّا بقضاء على عليه السّلام فى هذه الشمخية التى أفتى بها ابن مسعود أنّه لا بأس بذلك، ثمّ أتى عليا عليه السّلام فسأله فقال له على عليه السّلام: من أين أخذتها؟ فقال: من قول اللّه عزّ و جلّ و «رَبائِبُكُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِكُمْ مِنْ نِسائِكُمُ اللّاتِی دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ» فقال على عليه السّلام: إنّ هذه مستثناة و هذه مرسلة و أمهات نسائكم، فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام للرجل: أما تسمع ما يروى هذا عن على عليه السّلام؟ فلما قمت ندمت و قلت: أى شىء صنعت يقول هو: قد فعله رجل منّا فلم نر به بأسا، و أقول أنا: قضى على عليه السّلام فيها فلقيته بعد ذلك فقلت: جعلت فداك مسألة الرجل إنّما كان الذى كنت تقول كان زلّة منّى فما تقول فيها؟ فقال: يا شيخ تخبرنى أنّ عليا عليه السّلام قضى فيها و تسألنى فما تقول فيها؟! «۱».

و صحيح صفوان بن يحيى عن محمّد بن إسحاق بن عمّار قال: قلت له: رجل تزوّج امرأة و دخل بها ثمّ ماتت أ يحلّ له أن يتزوّج أمها؟ قال: سبحان اللّه كيف تحلّ له أمها و قد دخل بها؟! قال: قلت له: فرجل تزوّج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له أمها؟ قال: و ما الذى يحرّم عليه منها و لم يدخل بها؟ «۲».

و لأنّ الظاهر من الآية كون الدخول قيدا للنساء فى الجملتين، لأنّ ظاهر الصفة و الشرط و نحوهما إذا تعقّب جملا متعاطفة رجوعها إلى الكلّ تسوية بينها، و للأصل.

و الجواب عن الأوّل: أنّ قوله: «يعنى إذا تزوج المرأة» إلى آخر الكلام إنّما هو من كلام الراوى فى تفسيره، و لا يتعيّن كلامه عليه السّلام لهذا المعنى، لجواز رجوع ضمير «بها» إلى الأم، فالمعنى أنّه إذا لم يدخل بالأم كانت هى و البنت سواء فى

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۵۴ ب ۲۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۵۶ ب ۲۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۵.

الحل، على أنّه مضطرب الاسناد كما ذكره الشيخ، قال: لأنّ الأصل فيه جميل، و حمّاد بن عثمان، و هما تارة يرويان عن أبى عبد اللّه عليه السّلام بلا واسطة، و اخرى يرويانه عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السّلام، ثمّ إنّ جميلا تارة يرويه مرسلا عن بعض

أصحابه عن أحدهما عليهما السّلام، و هذا الاضطراب فى الحديث ممّا يضعف الاحتجاج به «۱».
و عن الثانى أنّه يحتمل الخلاف.
و الثالث مضمر، و يشمل الثلاثة مخالفة ظاهر الكتاب كما سيظهر.
و عن الرابع أنّ الظاهر فى القيد بعد الجمل المتعاطفة التعلّق بالأخيرة، لأصالة بقاء ما قبلها على الإطلاق و خصوصا فى هذه الآية، لأنّه إن علّق بالجملتين مجرد قوله الآتى «دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» لزم الفصل بين الصفة و موصوفها باجنبيات و إن علّق بهما جملة قوله «مِنْ نِسائِكُمُ اللّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» لم يصحّ إلّا أن تكون «من» باعتبار الاولى بيانية و باعتبار الثانية ابتدائية، إلّا أن يحمل بالنسبة إليهما على الاتصالية، و يكون المجموع حالا عن أمهات النساء و الربائب جميعا.
و هل يشترط فى التحريم لزومه أى العقد مطلقا أو من طرفه أو الوجه عدمه أى عدم اشتراطه مطلقا؟ نظر من الشك فى كون الإجازة متمّمة للعقد أو كاشفة عن صحته، و فى أن الصحة هل يتبعض بتبعّض الإجازة، و فى أنّ اللزوم من طرف يوجب ترتّب آثاره عليه مطلقا و فى صدق «نسائكم» بدون اللزوم؟ و هو الوجه الوجيه فى التردد، و الاحتياط يرجح الأخير كالأصل الأوّل.
فلو عقد عليه الفضولى عن الزوجة الصغيرة أو الكبيرة ففى تحريم الام قبل الإجازة منها أو بعد فسخها له مع البلوغ أى فى التحريم فى الصورتين نظر من تحقق العقد و لزومه من الزوج و كون الفسخ مزيلا له بعد الثبوت، و من عدم اللزوم منها و كشف الفسخ عن الفساد. و يقوى

(۱) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۷۵ ذيل الحديث ۱۱۶۹.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۷۸

التحريم قبل الإجازة لزوم الجمع بين الام و البنت، و لعلّ التخصيص بالصغيرة لبعد أمد الانتظار إلى الإجازة و عدم صلاحيتها الآن لها و للفسخ.
و العقد المجرد يحرّم المعقود عليها على أب العاقد و إن علا و ابنه و إن نزل اتفاقا، لعموم «ما نَكَحَ آباؤُكُمْ» «۱» «وَ حَلائِلُ أَبْنائِكُمُ» «۲» و قيد «الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ» إنّما يخرج المتبنّى.
و لا يحرّم العقد المجرد بنت الزوجة على العاقد عينا بل جمعا، فلو فارقها قبل الدخول حلّ له العقد على البنت اتفاقا و بنص الكتاب، و قد مضى الخلاف فى جريان النظر و اللمس بشهوة منزلة الدخول.
و كذا إنما يحرّم أخت الزوجة جمعا و كذا بنت أخيها و بنت أختها إلّا أن ترضى العمة و الخالة و فيه إشعار باشتراط رضاهما و إن تأخر عقدهما.
و يحرم وطء مملوكة كلّ من الأب و إن علا، و الابن و إن نزل على الآخر، بالوطء لا بالملك اتفاقا، و لا بالنظر أو اللمس على الخلاف.
و لا يحرم الملك على أحدهما لمملوكة الآخر و لو مع الوطء بعدم التنافى بين الملك و حرمة الوطء.
و لو وطأ أحدهما مملوكة الآخر قبل وطئه لها بزنا أو بشبهة، ففى التحريم على المالك نظر من عموم «ما نَكَحَ آباؤُكُمْ» مع عدم القول بالفرق، و كون النكاح فى اللغة بمعنى الوطء، و لما تقدّم من خبر عمّار، و هو و إن ضعف لكن يؤيّده أخبار تحريم زوجة أحدهما عليه بزنا الآخر قبل العقد «۳» و هو قول الشيخ «۴» و ابنى الجنيد «۵» و البراج «۶». و من الأصل و عموم:

(۱) النساء: ۲۲.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣١٩ ب ۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(۴) النهاية و نكتها: ج ٢ ص ٢٩٠.

(۵) نقله عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٩.

(۶) المهذب: ج ٢ ص ١٨٣.

«مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» «١» و منع كون النكاح بمعنى الوطء لغة، لما عرفت سابقا، و عموم: لا يحرّم الحرام الحلال «٢». و قول أبى جعفر عليه السّلام فى خبر زرارة: إن زنى رجل بامرأة أبيه أو بجارية أبيه فإن ذلك لا يحرّمها على زوجها و لا يحرّم الجارية على سيّدها، إنّما يحرّم ذلك منه إذا كان أتى الجارية و هى حلال، فلا تحل تلك الجارية أبدا لأبيه و لا لابنه «٣» و هو قول ابن إدريس «۴».

و ليس لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر إلّا بعقد أو ملك أو إباحة اتفاقا و للأب التقويم لمملوكة الابن و ابتياعها منه ولاية مع الصغر مع المصلحة، و قيل: مع انتفاء المفسدة، لعموم الأخبار، كصحيح أبى الصباح عن الصادق عليه السّلام فى الرجل يكون لبعض ولده جارية و ولده صغار هل يصلح أن يطأها؟ فقال: يقوّمها قيمة عدل ثمّ يأخذها، و يكون لولده عليه ثمنها «۵». و حسن عبد الرحمن بن الحجاج قال للكاظم عليه السّلام: الرجل يكون لابنه جارية إله أن يطأها؟ فقال: يقوّمها على نفسه قيمة، و يشهد على نفسه بثمنها أحب إلىّ «۶».

و لو وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر، أو مملوكته الموطوءة بزنا أو شبهة فالأصحّ أنّه لا يوجب التحريم وفاقا للأكثر للأصل، و عموم: «الحرام لا يحرّم الحلال» «٧» و «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» «٨» و خصوص خبر عمّار المتقدّم، و خبر مرازم سمع الصادق عليه السّلام و سئل عن امرأة أمرت ابنها أن يقع على جارية لأبيه فوقع، فقال: أثمت و أثم ابنها. و قد سألنى بعض هؤلاء عن هذه المسألة فقلت له:

---

(١) النساء: ٢۵.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢٠ ب ۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۵.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣١٩ ب ۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ١.

(۴) السرائر: ج ٢ ص ۵٢۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۴٣ ب ۴٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۴٣ ب ۴٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٣.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢٠ ب ۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۵.

(٨) النساء: ٢۵.

أمسكها فإنّ الحلال لا يفسده الحرام «١». و لأنّ كلّا من عقد الابن أو الأب أو وطئه محرّم لها على الآخر، و السابق راجح، فلو حرّمنا على السابق بوطء اللاحق رجّحنا المرجوح. و قيل بالتحريم، لعموم «وَ لٰا تَنْكِحُوا مٰا نَكَحَ آبٰاؤُكُمْ» «٢». و يندفع بما عرفت من أنّ الكتاب مبنىّ فى الغالب على ما هو الأصل فى الشرع، و الأصل فى النكاح إن سلّم كونه بمعنى الوطء هو الصحيح.

و لا حدّ على الأب فى الزنا بمملوكة ابنه لأنّه و ماله لأبيه و لأنّه أصله فلا يناسب عقوبته لأجل ماله. و يحدّ الابن مع انتفاء الشبهة.

و لو حملت مملوكة الأب بوطء الابن لشبهة عتق الولد، لتحقق النسب مع الشبهة كالصحيح و لا قيمة على الابن لأنّه لو كان رقا انعتق على الجد قهرا و لا عتق مع الزنا لانتفاء النسب، و قد سبق منه التردّد فى كون الزنا كالصحيح.

و لو حملت مملوكة الابن بوطء الأب بذكر لم ينعتق على الابن و إن كان بشبهة، لأنّه أخوه و على الأب فكّه مع الشبهة.

و لو حملت بأنثى بالشبهة عتقت على الابن لكونها أخته و لا قيمة على الأب للانعتاق قهرا و مع الزنا لا عتق لانتفاء النسب.

و على كلّ من الأب و الابن مهر المثل لو وطأ زوجة الآخر لشبهة عليها و إن كان الواطئ زانيا، و إلّا فلا مهر و إن كان الواطئ مشتبها عليه. فإن حرّمناها على الزوج بها أى بوطء الشبهة فعاودها الزوج بل وطأها وجب عليه مهر آخر إن لم تكن عالمة بالتحريم و إلّا تحرمها بها فلا مهر عليه إلّا المسمّى بالعقد أو الوطء السابق، و فى تضمين الواطئ غير الزوج له لتفويته البضع ما سبق.

و الرضاع فى ذلك كلّه كالنسب كما سبق.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۲۰ ب ۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۴.

(۲) جامع المقاصد: ج ۱۲ ص ۳۰۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۸۱

[الفصل الثالث فى باقى الأسباب]

اشارة

الفصل الثالث فى باقى الأسباب و فيه ثمان مسائل بعدد الأسباب بعدّ اللعان و ما فى حكمه سببا واحدا، و إلّا فالأسباب تسعة.

[الأوّل من لاعن امرأته حرمت عليه أبدا]

الأوّل: من لاعن امرأته حرمت عليه أبدا بالنص و الإجماع و كذا لو قذف زوجته الصمّاء أو الخرساء بما يوجب اللعان لو لا الآفة إن ادّعى المشاهدة و لم يقم البينة، و هما داخلان فيما يوجب اللعان، إذ لا لعان مع البينة، أو انتفاء دعوى المشاهدة، و هو أيضا مقطوع به فى كلام الأصحاب، لكن منهم من عبّر بالصمّاء الخرساء، و أكثرهم عبّروا كما عبّر المصنّف، و حكى عليه الإجماع فى الغنية «۱» و السرائر «۲» و استشكل فى التحرير «۳» فيما لو كانت صمّاء بغير خرس.

و الوجه فيه أنّ فى الكافى فى الصحيح عن هشام بن سالم عن أبى بصير أنّه سئل أبو عبد اللّه عليه السّلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هى خرساء صمّاء لا تسمع ما قال، قال: إن كان لها بيّنة تشهد لها عند الإمام جلد الحدّ و فرّق بينه و بينها و لا تحلّ له أبدا، و إن لم تكن لها بيّنة فهى حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه «۴».

و هو كذلك فى موضع من التهذيب «۵». و فى موضع آخر بزيادة لفظة «أو» «۶» و هنا خبران آخران فى الخرساء وحدها «۷».

[الثانى لو تزوّج امرأة فى عدّتها]

الثانى: لو تزوّج امرأة فى عدّتها من غيره عالما بالعدّة و التحريم حرمت عليه أبدا بالنص و الإجماع دخل بها أم لا دون أبيه و ابنه أى لا تحرم عليهما، لفساد العقد عليها، إلّا مع الدخول على القول بالتحريم بالزنا أو الشبهة.

و إن جهل العدة و التحريم كليهما أو أحدهما فإن دخل فكذلك فى

(۱) الغنية: ص ۳۳۸.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۵۲۵.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۵ س ۲.

(۴) الكافى: ج ۶ ص ۱۶۶ ح ۱۸.

(۵) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۹۳ ح ۶۷۵.

(۶) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۱۰ ح ۱۲۸۸.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۳ ب ۸ من أبواب اللعان ح ۱ و ۴.

حقه و حقهما أى الأب و الابن بناء على عدم التحريم بوطء الشبهة، و إلّا يكن دخل بها لم تحرم عليه، و لكن بطل العقد و استأنف بعد الانقضاء للعدة إن شاء.

و يلحق به الولد مع الجهل إن جاء لستة أشهر فصاعدا من حين الوطء إلّا إذا لم يمض أكثر من أقصى مدة الحمل من وطء الأوّل ففيه ما تقدم.

و يفرّق بينهما إن لم يفترقا بأنفسهما و عليه المهر مهر المسمّى أو المثل مع جهلها بأحد الأمرين لا مع علمها لأنّها بغىّ.

و تعتدّ منه بعد إكمال العدّة الأولى لتعدد السبب، و حسن الحلبى سأل الصادق عليه السّلام عن المرأة يموت زوجها فتضع و تتزوّج قبل أن تمضى لها أربعة أشهر و عشرا؟ فقال: إذا دخل بها فرّق بينهما و لم تحلّ له أبدا، و اعتدّت بما بقى عليها من الأوّل، و استقبلت عدة اخرى من الآخر ثلاثة قروء، و إن لم يكن دخل بها فرّق بينهما، و اعتدّت بما بقى عليها من الأوّل و هو خاطب من الخطّاب «۱».

و نحوه خبر محمّد بن مسلم «۲».

و حكى قول بالاكتفاء بعدة واحدة «۳». و لا بد أن يكون أكثرهما، و به أخبار كصحيح زرارة عن الباقر عليه السّلام: فى امرأة تزوّجت قبل أن تنقضى عدّتها، قال:

يفرّق بينهما و تعتد عدة واحدة منهما جميعا. «۴» و الحمل على عدم دخول الثانى ضعيف، فإنّه حينئذ لا عدة عليها إلّا من الأوّل.

و لو كانت هى العالمة بالعدة و التحريم دونه لم يحلّ لها العود إليه أبدا كما قال الصادق عليه السّلام فى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج و قد سأله إن كان أحدهما متعمدا و الآخر بجهالة، الذى تعمّد لا يحلّ له أن يرجع إلى صاحبه أبدا «۵».

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۴۶ ب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۶.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۴۴ ب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۲.

(۳) مسالك الافهام: ج ۷ ص ۳۳۹.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۴۷ ب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۱۰.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۴۵ ب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۸۳

و يشكل التحريم من أحد الجانبين خاصة، إلّا أن يقال بالحل للآخر إن جهل التحريم أو شخص المعقود عليها ثانيا، و لكن لا يظهر الفرق بينه و بين صورة علمهما، إلّا بأن يقال بلزوم العقد حينئذ و إن تجدد العلم بالتحريم أو الشخص بعد العقد.

و يمكن أن يكون التحريم ثابتا لهما أيضا، لكن للعالم بالذات و للجاهل بالواسطة، لكون التحريم عقوبة على العقد، و لا عقوبة إلّا على العالم.

و يحتمل أن لا يكون العقد باطلا حين جهل أحدهما و إن كانا حين العقد الثاني عالمين بالحكم و الشخص و إن أثم العالم، لكن لا نعرف به قائلا، و إن لا يكون المراد في الخبر و الفتوى الفرق بين علمهما و علم أحدهما، بل المراد إبانة التساوي بين الصورتين.

و لو تزوّج بذات بعل ففي إلحاقه بالمعتدة أي بالتزوّج بها إشكال ينشأ من عدم التنصيص عليه من الأصحاب و الأخبار، إلّا في أخبار غير صحيحة كموثق أديم بن الحر قال: قال أبو عبد اللّه عليه السّلام: التي تتزوّج و لها زوج يفرّق بينهما ثمّ لا يتعاودان أبدا «۱». مع أن الأصل الإباحة. و عن عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السّلام من تزوّج امرأة و لها زوج و هو لا يعلم فطلّقها الأوّل أو مات عنها ثمّ علم الآخر أ يراجعها؟ قال: لا حتى تنقضي عدتها «۲». و من أولوية التحريم لأنّ علاقة الزوجية أقوى من العدة، و في استلزامه لأولوية التحريم منع، و لا فرق بين ما إذا دخل أو لم يدخل، فإنّ الدخول هنا ليس من الزنا بذات البعل، فإنّ الفرض أنّه تزوّج بها، و الظاهر حينئذ أنّ الدخول لشبهة الحليّة. و لو عمل بالأخبار الواردة بالتحريم هنا أمكن الحكم بالتحريم مطلقا، مع الجهل و العلم، و مع الدخول و بدونه، لإطلاقها.

و لا فرق في العدّة الموجبة للتحريم بالنكاح فيها بين عدّة الفراق

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۴۱ ب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۱.

(۲) المصدر السابق: ح ۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۸۴

البائن و الرجعي أو المرأة البائن و الرجعي بناء على اختصاص الوصفين بالنساء. و من البائن عدة الوفاة لكن صرّح بها لعدم تبادرها إلى الفهم منه. و كذا لا فرق بين عدة النكاح و عدة الشبهة، و في النكاح بين الدائم و المنقطع، و في الدخول بين القبل و الدبر، بناء على شمول الدخول لهما، و ذلك لعموم النصوص من الأخبار «۱» و الأصحاب.

و هل وطء الأمة في مدّة «۲» الاستبراء كالوطء في العدة؟

إشكال من أنّها عدّتها، و من عدم النكاح، و من عدم التبادر إلى الفهم من العدة، لاختصاصها باسم آخر مع أصل الإباحة، و هو الأقوى، و كذا الكلام في نكاحها في الاستبراء.

و لو تزوّج امرأة بعد الوفاة لزوجها المجهولة لها أو لهما قبل العدة فالأقرب عدم التحريم المؤبّد لأنّها ليست زوجة و لا معتدة، و الأصل الإباحة.

و يحتمله أي البحث أو التزويج أو الرجل المتزوّج أو المرأة التحريم بطريق أولى، فإنّه في زمان هو أقرب إلى الزوجية. و فيه منع. و لأنّها في ظاهر الشرع زوجة، و للدخول في عموم موثق زرارة عن الباقر عليه السّلام في امرأة فقدت زوجها، أو نعي إليها، فتزوّجت، ثمّ قدم زوجها فطلّقها، قال: تعتدّ منهما جميعا ثلاثة أشهر عدة واحدة، و ليس للأخير أن يتزوّجها أبدا «۳». و فيه: أنّ

الزوج هنا حيّ فهى زوجة. و الاحتمال قائم و إن زادت المدة عن العدة لو كانت اعتدّت لعموم المنشأ حتى الأولوية لو تمت فإنّ عدتها بعد العلم أو التربّص المعهود.

و فى المسترابة إذا تزوّجت فى زمن التربّص بعد الشروع فى الاعتداد قبل الاعتداد ثانيا إشكال من أنّها ليست زوجة و لا معتدة. و من الأولوية

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۴۴ ب ۱۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(۲) فى المطبوع بدل «مدّة» عدّة.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۴۱ ب ۱۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۱۸۵

و الشروع فى العدة أوّلا، و كون مدة التربص عدّة حقيقة، و لذا لم يستقرب فيها عدم التحريم.

[الثالث لو زنى بذات بعل]

الثالث: لو زنى بذات بعل أو فى عدّة رجعية بالوصف أو الإضافة حرّمت عليه أبدا قطع به الأصحاب إلّا المحقق فى الشرائع «۱» و حكى عليه الإجماع فى ذات العدة فى الانتصار «۲» و ليس عليه نص بخصوصه. و يجوز أن يكون المستند فيه- إن لم يكن عليه إجماع- أنّ النكاح محرّم، فالزنا أولى، أو الدخول مع النكاح محرّم فلا معه أولى.

و لو لم تكن إحداهما لم تحرم، سواء كانت ذات عدّة بائن بالإضافة و هو يؤيّد الإضافة فى الأوّل أو لا و إن كانت مشهورة بالزنا تابت أم لا، للأصل و الخبر «۳» خلافا للشيخين «۴» و جماعة حيث شرطوا التوبة لظاهر الآية «۵». و خبر عمّار عن الصادق عليه السّلام قال: سألته عن الرجل يحلّ له أن يتزوج امرأة كان يفجر بها؟ فقال: إن أنس منها رشدا فنعم، و إلّا فليراودها على الحرام، فإن تابعته فهى عليه حرام، و إن أبت فليتزوّجها «۶». و نحوه مضمر أبى بصير «۷» و هما ضعيفان.

و أجيب عن الآية تارة بأنّ المراد بالنكاح الوطء، و اخرى بأنّها منسوخة بقوله تعالى «وَ أَنْكِحُوا الْأَيٰامىٰ مِنْكُمْ» «۸» أو بقوله «فَانْكِحُوا مٰا طٰابَ لَكُمْ» «۹» و قوله «وَ أُحِلَّ لَكُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» «۱۰».

و فى الأوّل: أنّه خلاف الظاهر، فإنّه إن أريد الوطء لم يظهر للكلام فائدة

---

(۱) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۹۲.

(۲) الانتصار: ص ۱۰۷.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۳۳ ب ۱۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(۴) المقنعة: ص ۵۰۴، النهاية: ج ۲ ص ۳۰۰.

(۵) النور: ۳.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۳۱ ب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۲.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۳۲ ب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۷.

(۸) النور: ۳۲.

(۹) النساء: ۳.

(١٠) النساء: ٢۴.

ظاهرة إلّا إذا أريد وطء غير الزاني. و في الثاني: أنّه خلاف الأصل، مع أنّ الظاهر من «طابَ» حلّ، و من «ما وَراءَ ذٰلِكُمْ» سائر الأصناف من النساء، و لا ينافيه عروض الحرمة لعروض زنا و نحوه. و قوله: «و إن كانت مشهورة بالزنا» إشارة إلى خلاف ما في الأخبار من النهي عن الكواشف و البغايا «١» و أنّ الآية «٢» في المشهورين و المشهورات بالزنا. و نحو صحيح الحلبي قال: قال أبو عبد اللّه عليه السّلام:

لا تتزوّج المرأة المعلنة بالزنا، و لا تزوّج الرجل المعلن بالزنا إلّا أن تعرف منهما التوبة «٣». بحمل هذه على الكراهة جمعا، و فيه نظر.

و لو أصرّت امرأته على الزنا، فالأصحّ أنّها لا تحرم وفاقا للمشهور، لعموم: «إنّ الحرام لا يفسد الحلال» «۴» و للأصل، و لخبر عباد بن صهيب عن الصادق عليه السّلام قال: لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزني إذا كانت تزني، و إن لم يقم عليها الحدّ فليس عليه من إثمها شيء «۵».

و في المبسوط: إنّ الزوجية باقية إجماعا إلّا الحسن البصري «۶» و حرّمها المفيد «٧» و سلار «٨». و يمكن الاستدلال لهما أوّلا بالآية، و فيه: أنّ استدامة النكاح ليس نكاحا، و إن حمل النكاح فيه على الوطء لم يفد المدعى، إلّا أن يراد وطء غير الزاني، و يكون عدم التوبة إصرارا، على أنّ المفيد صرّح بوجوب المفارقة، و لا يفيده الآية و لا ينفعها المفارقة، لحرمة نكاحها على غيره عنده. و ثانيا بالاحتراز عن اختلاط مائه بماء الزنا، و لذا ورد في الأخبار أنّ من أراد التزوّج

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٣۵ ب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(٢) النور: ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٣۵ ب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢٨ ب ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٣٣ ب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ٢٠٢.

(٧) المقنعة: ص ۵٠۴.

(٨) المراسم: ١۴٩.

بمن فجر بها استبرأ رحمها من ماء الفجور «١». و لكنه لا يفيد الدعوى. و استدل في المختلف بحفظ النسب، فأجاب بأنّه لا نسب للزاني «٢».

و هل الأمة الموطوءة بالملك كذات البعل في أنّ الزّنا بها يحرّمها؟ نظر من الخروج عن النص، و مساواة الملك للنكاح، و التساوي في الزنا الموجب لاختلاط الماءين أو النسب. و الأصح الأوّل وفاقا للمقنعة «٣» لما ستعرفه من ضعف وجوه الثاني.

[الرابع لو أوقب غلاما أو رجلا]

الرابع: لو أوقب غلاما أو رجلا ذكرهما، لأنّ المذكور في أكثر النصوص هو الغلام حيا أو ميتا، على إشكال في الميت من

العموم، و من أنّ الحى هو المتبادر، لأنّه محل الاستمتاع غالبا حرم عليه أمّ الغلام أو الرجل و أخته و بنته مؤيّدا من النسب بالإجماع كما فى الانتصار «۴» و الخلاف «۵» و غيرهما، و به أخبار منها صحيح ابن أبى عمير عن رجل عن الصادق عليه السلام فى الرجل يعبث بالغلام، قال: إذا أوقب حرمت عليه أخته و ابنته «۶».

و خبر إبراهيم بن عمر عنه عليه السّلام فى رجل لعب بغلام هل تحلّ له أمّه؟ قال: إن كان ثقب فلا «۷». و فى مرسل موسى بن سعدان عن الصادق عليه السّلام حرمة ولد كلّ منهما على ولد الآخر «۸». و لم نعرف به قائلا.

و فى هؤلاء من الرضاع إشكال، من عموم كونه كالنسب، و من الأصل مع الخروج عن ظاهر هذه النصوص، لأنّ الرضاع لا يفيد الأسماء حقيقة، و الأوّل أقرب وفاقا للتحرير «۹».

و كذا فى الفاعل الصغير إشكال من عموم الخبر الثانى، و من

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۳۱ ب ۱۱ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۴.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۵۶.

(۳) المقنعة: ص ۵۴۵.

(۴) الانتصار: ص ۱۰۷.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۳۰۸ المسألة ۸۰.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۳۹ ب ۱۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۱.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۴۰ ب ۱۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۷.

(۸) المصدر السابق: ح ۳.

(۹) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۱ س ۸.

الأصل و اختصاص الخبر الأوّل بالرجل، و أنّه لا تحريم حين الإيقاب فيستصحب، و أنّ النصوص مبنية غالبا على الغالب، و ضعفهما ظاهر.

و يتعدّى التحريم إلى الجدّات و بنات الأولاد وفاقا لابن إدريس قال: لأنّهن أمهات و بنات حقيقة «۱» و فيه نظر. دون بنت الأخت للخروج عن النصوص.

و لو سبق العقد على الإيقاب لم تحرم للاستصحاب، و عموم: «إنّ الحرام لا يفسد الحلال» «۲».

و هل يحرم تجديد العقد إن طلّق بعد الإيقاب؟ فيه نظر، أقربه العدم. و فى الحسن عن ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن الصادق عليه السّلام فى رجل يأتى أخا امرأته، فقال: إذا أوقبه فقد حرمت عليه المرأة «۳». و لذا اختار ابن سعيد فى الجامع انفساخ نكاح المرأة بالإيقاب «۴».

و كذا ما دون الإيقاب لا يحرّم و «دون» إمّا مبتدء أو باق على الظرفية، و التقدير الفعل دون الإيقاب.

و لو أوقب خنثى مشكل أو أوقب فالأقرب عدم التحريم للأصل مع الشك فى السبب، و وجه الخلاف الاحتياط و تغليب الحرمة. نعم إن كان مفعولا و كان الإيقاب بإدخال تمام الحشفة لم يشكل تحريم الام و البنت على القول بنشر الزنا الحرمة، و إن كان فاعلا حرمت عليه النساء قاطبة كما حرم على الرجال للإشكال فى الذكورية و الأنوثية، على أنّ كلامهم فى إرث الخنثى المشكل إذا كان زوجا أو زوجة يدلّ على الإباحة.

و حدّ الإيقاب إدخال بعض الحشفة فإنّه الإدخال و التغييب فيصدق

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٥٢٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢٨ ب ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٣٩ ب ١۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴٢٨.

بمسمّاه و لو قليلا كما نص عليه ابن إدريس «١».

أمّا الغسل فإنّما يجب بغيبوبة الجميع للنص «٢» و الإجماع، و تعليق الحكم فيه بالتقاء الختانين.

و لا- يحرم على المفعول بسببه شي‌ء و حكى الشيخ عن بعض الأصحاب التحريم عليه أيضا «٣» و لعلّه لاحتمال الضمير في الأخبار لكلّ من الفاعل و المفعول و لذا كان التجنّب أحوط.

[الخامس لو عقد المحرم على امرأة]

الخامس: لو عقد المحرم فرضا أو نفلا إحرام حج أو عمرة بعد إفساده أو لا على امرأة لنفسه عالما بالتحريم حرمت أبدا عليه و إن لم يدخل بها، لخبر زرارة. و داود بن سرحان، و أديم بياع الهروي عن الصادق عليه السلام قال: المحرم إذا تزوّج و هو يعلم أنّه حرام عليه لا تحلّ عليه أبدا «۴».

و الخبر و إن كان ضعيفا لكن الأصحاب قطعوا بمضمونه، و حكى عليه الإجماع في الانتصار «۵» و الخلاف «۶» و الغنية «٧».

و إن كان جاهلا فسد عقده اتفاقا و جاز له العود بعد الإحلال وفاقا للأكثر، و أطلق الصدوق «٨» و سلار «٩» تحريمهما، و مفهوم الخبر و الأصل حجة عليهما.

فإن دخل حينئذ قيل في الخلاف «١٠» و الكافي «١١» و الغنية «١٢»

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٥٢٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴۶٩ ب ۶ من أبواب الجنابة.

(٣) لم نظفر عليه في كتب الشيخ، و لا- على من حكاه عنه، و في الروضة (۵: ٢٠۴): و ربما نقل عن بعض الأصحاب تعلّق التحريم به كالفاعل.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٧٨ ب ٣١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

(۵) الانتصار: ص ٩٧.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ٣٢٢ المسألة ٩٩.

(٧) الغنية: ص ٣٣٨.

(٨) المقنع: ص ١٠٩.

(٩) المراسم: ١۴٩.

(١٠) الخلاف: ج ۴ ص ٣٢٢ المسألة ٩٩.

(١١) الكافى فى الفقه: ص ٢٨۶.

(١٢) الغنية: ص ٣٣٨.

و السرائر «١» و الوسيلة «٢»: تحرم مؤبّدا و حكى عليه الإجماع فى الخلاف «٣».

و لا- تحرم الزوجة بوطئها فى الإحرام مطلقا مع العلم بالتحريم و الجهل، للأصل من غير معارض، و عموم «عدم فساد الحلال بالحرام» و الإجماع، و كذا لا تحرم إن عقد عليها و هى محرمة و هو محلّ مطلقا للأصل. و فى الخلاف حرّمها «۴» و استدل عليه بالإجماع و الاحتياط و الأخبار «۵».

[السادس المطلقة تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان]

اشارة

السادس: المطلقة تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان بأن طلّقها بالشرائط ثمّ راجعها فى العدة فوطأها، ثمّ طلّقها كذلك ثمّ راجعها فوطأها، ثمّ طلّقها فنكحت زوجا غيره بعد انقضاء العدة فوطأها، ثمّ طلّقها فتزوّجها الأوّل بعد انقضاء عدتها، ثمّ طلّقها كذلك، و هكذا حتى يستكمل تسعا تحرم مؤبّدا على المطلق بالنص «۶» و الإجماع كما يأتى فى الطلاق.

و لا- يشترط التوالى لإطلاق النص «٧» و الفتوى. فلو تخلل التسع طلقة أو طلقات للسنّة و إنّما اقتصر على طلقات لتخلّل طلقتين للسنّة ضرورة كما نذكره الآن، و حيث ذكرنا الطلقة أردنا بها غير ذلك و كملت التسع للعدّة حرمت أبدا.

و فى الأمة إشكال من صدق التسع، و نكاح رجلين فى البيّن و إن كان فى ضمن نكاح أربعة، و من كون الست فيها بمنزلة التسع فتحرم بها، و من أنّ النص إنّما هو فى التسع يتخلّلها نكاح رجلين، فلا يشمل الست و لا نكاح الأكثر، و إليه مال فى التحرير «٨».

أقربه الأوّل و هو التحريم فى التسع إذا نكحها بعد

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ۵٢۵.

(٢) الوسيلة: ص ٢٩٣.

(٣) الخلاف: ج ۴ ص ٣٢٢ المسألة ٩٩.

(۴) فى «ن»: بدل «حرّمها» حرمتها.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ٣٢٢ المسألة ٩٩.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣۵٧ ب ۴ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣۵٧ ب ۴ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٨) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ١۵ س ۶.

كلّ طلقتين رجل لعموم الأدلّة، و عدم ظهور الحصر فى الرجلين، و لذا يحكم بحرمة الحرة إن تخلّل بين طلقاتها نكاح أكثر من رجلين.

[تنبيه]

تنبيه: إطلاق الأصحاب كون التسع للعدة مجاز، لأنّ الثالثة من كلّ ثلاث ليست منها بل هى للسنّة و لكنها تابعة للأوّلين فأطلقت العدّة على الجميع تغليبا أو للمجاورة، و الظاهر التغليب.

فلو وقعت الثانية للسنّة فالّذى للعدة الاولى لا غير لأنّها ليس أغلب، و لا الثالثة مجاورة للأولى، و إنّما ثبت التجوّز فى الثالثة دون الثانية.

و لو كانت الأولى السنّة فكذلك أى التى للعدة إنّما هى الثانية على الأقوى لأنّ الثالثة ليست ثالثة للّتين للعدة، و إنّما ثبت التجوّز فيها، و وجه الخلاف تحقّق المجاورة.

أمّا الأمة، فإن قلنا بتحريمها بالست تنزيلا لها منزلة التسع فالأقوى تبعية الثانية للأولى على تقديرى جهتى التجوّز، لأنّ كلّ اثنتين منها كذلك منزّلتان منزلة الحرة كذلك، فلا يعتبر الأغلبية فيهما. و وجه الخلاف أنّ التجوّز إنّما ثبت فى التسع، و احتمال أن يكون جهة التجوّز الأغلبية و ليست فيها.

[السابع من فجر بعمته أو خالته، قربتا أو بعدتا، حرمت عليه بنتاهما]

السابع: نص جماعة من الأصحاب الذين لا يرون نشر الحرمة بالزنا كالمفيد «١» و المرتضى «٢» و سلار «٣» و ابن سعيد «۴» على أنّ من فجر بعمته أو خالته، قربتا أو بعدتا، حرمت عليه بنتاهما أبدا و ظاهرهم الإجماع عليه كما حكاه المرتضى فى الانتصار «۵».

و فى الخالة حسن محمّد بن مسلم قال: سأل رجل أبا عبد اللّه عليه السّلام و أنا جالس عنده عن رجل نال من خالته فى شبابه ثمّ ارتدع، أ يتزوج ابنتها؟ فقال: لا. قال: إنّه لم يكن أفضى إليها، إنّما كان شيء دون ذلك، قال: لا يصدق و لا كرامة «۶».

---

(١) المقنعة: ص ۵٠١.

(٢) الانتصار: ص ١٠٨.

(٣) المراسم: ص ١۴٩.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴٢٧.

(۵) الانتصار: ص ١٠٨.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٢٩ ب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

و الصواب وفاقا للسرائر «١» و المختلف «٢»: أنّه إن تحقّق الإجماع فى المسألة فهو الدليل، و إلّا أشكل، خصوصا فى العمة، إذا لم نقف فيها على خبر، ثمّ المعروف الاقتصار على العمة و الخالة، و الظاهر منهما القريبتان لا دليل على التعدى إلى البعيدتين.

و لو وطأ العمة أو الخالة لشبهة فالأقرب على القول بأنّ وطء الشبهة لا ينشر الحرمة عدم التحريم لخروجه عن النص و الفتوى، و وجه الخلاف أنّ الشبهة أولى من الزنا بالنشر.

و لو سبق العقد على البنت الزنا بهما فلا تحريم للأصل، من غير معارض من نص أو فتوى، و عموم «عدم فساد الحلال بالحرام» «٣» و النص لا يتناول إلّا التزوج بالبنت.

و فى بنتهما مجازا أى بنت البنت أو الابن فنازلة أو رضاعا إشكال أمّا فى الأولى فمن تنزل الزنا هنا منزلة الوطء الصحيح فى نشر الحرمة، فيتعدّى إلى البنات مجازا، و لتسميتهن بنات كثيرا و هو اختيار الوسيلة «۴» و الجامع «۵» و من الخروج عن النص و الفتوى، لكون الإطلاق عليهن مجازيا، و هو أقرب. و أما فى الثانية فمن الخروج عن النص و الفتوى، و من عموم كون الرضاع

كالنسب، و هو أقرب.

[الثامن لا يحل وطء الزوجة الصغيرة]

الثامن: لا يحل وطء الزوجة الصغيرة إجماعا، و هى قبل أن تبلغ تسعا، فإن فعل لم تحرم على الأصحّ للأصل، خلافا للنهاية «۶» و التهذيب «۷» و السرائر «۸» لمرسل يعقوب بن يزيد عن الصادق عليه السلام قال: إذا خطب الرجل المرأة

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۲۹.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۲۸ ب ۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۳.

(۴) الوسيلة: ص ۲۹۲.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۲۷.

(۶) النهاية: ج ۲ ص ۲۹۲.

(۷) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۱۱ ذيل الحديث ۱۲۹۱.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۵۳۰.

فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما و لم تحل له أبدا «۱» و نفى الخلاف عنه فى السرائر «۲».

إلّا مع الإفضاء، و هو صيرورة مسلك البول و الحيض واحدا كما هو الغالب المشهور فى تفسيره. أو مسلك الحيض و الغائط على رأى فإنّه أيضا ممكن داخل فى مفهوم لفظ الإفضاء، فإنّه الإيصال، و اقتصر عليه ابن سعيد «۳». فتحرم مؤبّدا و إن اندمل الموضع كما يفهم من التحرير «۴».

و قيل: تحلّ «۵» حينئذ، و يأتى التردد فيه فى الجنايات. هذا هو المشهور بين الأصحاب، و نزّل عليه فى المختلف إطلاق النهاية «۶» و لم نظفر بخبر يدلّ على التحريم بالإفضاء، و ما دلّ على التحريم بالدخول قبل التسع ضعيف مرسل، فالأقرب وفاقا للنزهة الحلّ «۷».

قيل فى السرائر «۸» و الجامع «۹» و الشرائع «۱۰» و غيرها: و لا تخرج من حباله، و فيه نظر من الأصل، و من أنّ بقاء الزوجية مستلزم للإباحة، و من اختلاف الأخبار، فما مرّ من خبر يعقوب بن يزيد «۱۱» يفيد البينونة، و نحو خبر بريد العجلى عن الباقر عليه السّلام فى رجل افتض جارية فأفضاها، قال: عليه الدية إن كان قد دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، فإن أمسكها و لم يطلّقها فلا شىء عليه، إن شاء أمسك، و إن شاء طلّق «۱۲». يفيد بقاء الزوجية، و هو الأقوى، للأصل مع ضعف المعارض، و صحيح حمران عن الصادق عليه السّلام قال: سئل عن رجل تزوّج جارية

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۸۱ ب ۳۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۲.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۵۳۱.

(۳) الجامع للشرائع: ص ۴۲۸.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۴ س ۴.

(۵) نزهۀ الناظر: ص ۹۶.

(۶) مختلف الشیعۀ: ج ۷ ص ۴۶.

(۷) نزهۀ الناظر: ص ۹۶.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۵۳۱.

(۹) الجامع للشرائع: ص ۴۲۸.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۹۱.

(۱۱) وسائل الشیعۀ: ج ۱۴ ص ۳۸۱ ب ۳۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرۀ ح ۲.

(۱۲) وسائل الشیعۀ: ج ۱۴ ص ۳۸۱ ب ۳۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرۀ ح ۳.

بکرا لم تدرک، فلمّا دخل بها اقتضـها فأفضاها، قال: إن کان دخل حین دخل بها و لها تسع سـنین فلا شیء علیه، و إن کانت لم تبلغ تسع سـنین أو کان أقل من ذلک بقلیل حین دخل بها فاقتضـها فإنّه قـد أفسـدها و عطّلها علی الأزواج، فعلی الإمام أن یغرّمه دیتها، و إن أمسکها و لم یطلّقها حتی تموت فلا شیء علیه «۱».

و علی کـلّ تقـدیر یجب علیه الإنفـاق علیهـا إلی أن یموت أحـدهما لأنّه أفسـدها و عطّلها علی الأزواج، و لصـحیح الحلبی عن الصـادق علیه السّـلام سأله عن رجـل تزوّج جاریـۀ فوقع بها فأفضاها، قال: علیه الإجراء علیها ما دامت حیـۀ «۲». و لإطلاـق الخبر یلزمه الإنفاق علیها، و إن طلّقها إن لم تبن بالإفضاء، بل و إن تزوّجت بغیره علی إشکال من الإطلاق، و من أنّ الوجه فیه التعطیل علی الأزواج، فلا تجد من ینفق علیها، و أنّها إذا تزوّجت بغیره وجب علیه نفقتها، فلا معنی لإیجابها علی الأوّل.

و هل تثبت هـذه الأحکام فی الأجنبیـۀ؟ الأقرب نعم لأنّ علّۀ التحریم إنّما هو الوطء المفضـی فی الصـغر، لأنّ الزوجیۀ لیست علّۀ فی التحریم، و لأنّه أفحش، فهو أولی بالعقوبۀ بالتحریم.

و لکن فی وجوب النفقـۀ إشـکال من کونه أفحش و أولی بالعقوبـۀ، و الاـشتراک فی التعطیـل. و من الأصـل و اختصاص النص بالزوجـۀ، و منع کون الإنفاق للتعطیل أو العقوبۀ، بل للزوجیۀ مع التعطیل، و هو أقوی وفاقا للسـرائر «۳» و الخلاف «۴» فی الزنا. و علی الأوّل فإن تزوّجت ففیه ما تقـدّم، و یحتمل عدم التحریم للأصل، و اختصاص النص و الفتوی بالزوجۀ، و منع کونه عقوبۀ، و لو سلّم فلعلّه، لا ینفع فی الأجنبی، لزیادۀ إثمه و فحش فعله.

---

(۱) وسائل الشیعۀ: ج ۱۴ ص ۳۸۰ ب ۳۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرۀ ح ۱.

(۲) وسائل الشیعۀ: ج ۱۴ ص ۳۸۱ ب ۳۴ من أبواب ما یحرم بالمصاهرۀ ح ۴.

(۳) لم نقف علی کلام صریح له فی ذلک، راجع السرائر: ج ۲ ص ۵۳۲، و ج ۳ ص ۴۴۳.

(۴) الخلاف: کتاب الصداق ج ۴ ص ۳۹۵ المسألۀ ۴۱.

و هـل یشترط فی التحریم المؤبّـد فی طرف الأجنبیّ إن قلنا به نقص السن عن تسع؟ فیه نظر، ینشأ من کون التحریم المؤبّـد علی الزوج مستندا إلی تحریم الوطء فی طرف الزوج و لـذا لو کـان بعـد التسع لم یحرم و هو أی التحریم هنـا فی الأـجنبی ثابت فی التسع و مـا فوقهـا أیضـا، فینبغی عـدم الاـشتراط، و من تعلیق التحریم فی النص و الفتوی علی من لم تبلغ تسـعا، و منع کون العلّۀ مجرد الحرمۀ علی الواطئ، و هو الوجه.

و الإشكال فى الأجنبى قبل التسع أضعف منه بعدها أى إلحاقه بالزوج قبلها أقوى منه بعدها للمشاركة فى الإفضاء قبل التسع.

و الأقرب عدم تحريم الأمة بالإفضاء و المفضاة بالإصبع و نحوها اقتصارا فى خلاف الأصل على موضع النص و اليقين، و يحتمل التحريم إلحاقا للأمة بالزوجة، و للإفضاء بالإصبع بالإفضاء بالوطء لاشتراك المعنى، و كون الثانى أفحش، و هو ضعيف.

و لو كان الإفضاء بعد بلوغ الزوجة تسعا لم تحرم، و لم يكن على الزوج شيء إن كان بالوطء فإنّه مباح فلا يؤاخذ به، و لصحيح حمران المتقدم، و إن كان بغيره تعلّقت به الدية.

[المقصد الثانى فى التحريم غير المؤبّد و فيه فصول]

اشارة

المقصد الثانى فى التحريم غير المؤبّد بالنصب حالا، أو الجرّ صفة، لكون التحريم بمنزلة النكرة.

و فيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأوّل فى المصاهرة و فيه مسائل]

اشارة

الأوّل فى المصاهرة الموجبة للتحريم غير المؤبّد، أو فى التحريم غير المؤبّد بالمصاهرة، و هو

أظهر معنى كما هو الأوّل لفظا «۱».

و فيه مسائل تسع:

[أ: تحرم بنت الزوجة و إن نزلت]

أ: تحرم بنت الزوجة و إن نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأم تحريم جمع، بمعنى أنّه إذا أبان الأم بفسخ أو طلاق أو بانت من موت حلّت له البنت و إن عقد عليها و الام فى حباله لفساده، لا بمعنى أنّه إذا بانت كلّ منهما حلّت الأخرى كما فى الأختين و كان الأظهر بانت الام، لما عرفت فى الموت، و ليشمل البينونة بفسخها النكاح، أو انفساخ نكاحها بارتداد أو رضاع و نحوه.

و مع الدخول بها تحرم بناتها و إن نزلن من نسب أو رضاع مؤبّدا كما عرفت، و ذكره هنا لما بعده.

و الأقرب مساواة الوطء فى كلّ من الفرجين للوطء فى الآخر، لصدق الدخول بها و ثبوت الحدّ و المهر و النسب و العدّة، و يحتمل العدم لتبادر القبل و انتفاء الإحصان بالدبر، و فيه: منع التبادر، و أنّ الإحصان ليس منوطا بالدخول.

و الأقرب عدم اشتراط البلوغ و العقل و الاختيار و التعمّد فى الواطئ و لا فى الموطوءة لأنّه من الأسباب لا الأحكام، و لأنّ الدخول بها كناية أو حقيقة فى العرف فى الوطء حتى لو استدخلت ذكره و هو نائم، قيل: قد دخل بها و تعلّق بها تحريم المصاهرة و إن كان حقيقته إدخالها أى الستر، و هو إنّما يصدق مع التعمّد.

و وجه الخلاف أنّ الخطاب فى الآية للمكلّفين، فإنّهم الذين يحرم عليهم، فالدخول أيضا إنّما يتعلّق بهم، و أنّ التحريم إنّما تعلّق

بالربائب من النساء، و الصغيرة ليست منهن، و هو ظاهر الضعف، فإنّ غايته التكليف حال التحريم بحرمة الربائب من النساء حالته، و هو لا يستلزم ذلك حال الدخول، و في الإيضاح نفي احتمال الخلاف في جانب الموطوءة «٢».

و لا الإباحة فيكفي المحرم كالوطء في الإحرام و الحيض و الصغر

---

(١) في ن: كالأوّل لفظا.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٨٠.

للعموم. و وجه الخلاف أنّ المتبادر خصوصا ممّا في الكتاب ما هو ثابت بأصل الشرع. و لا دوام النكاح لعموم النساء. و وجه الخلاف عدم شمول الربائب لبنات المتعة، و هو ممنوع. و العقد و الملك واحد اتفاقا، و لعموم النساء.

[ب: تحرم أخت الزوجة بالعقد]

ب: تحرم بالنص «١» و الإجماع أخت الزوجة بالعقد على الزوجة أو على أختها أو عليهما دائما و منقطعا تحريم جمع، سواء دخل بالأخت أي الزوجة أو لا، و سواء كانت الأخت لأب أو لام أو لهما بنسب أو رضاع.

و لا- تحرم أخت الأخ و لو من النسب إذا لم تكن أختا بأن كان الأخ أو الأخت من أحد الأبوين و الأخت من الآخر، و روي أنّ تركه أفضل «٢».

و لا يحرم الجمع بينهما في الملك بلا وطء.

و لو طلّق رجعيا حرمت الأخت حتى تخرج العدّة لأنّها في العدّة زوجة.

و لو طلّق بائنا أو فسخ النكاح، و الأولى أن يكون بصيغة المجهول ليشمل فسخها لعيب، حلّت في الحال لانتفاء الجمع على كراهيّة حتى تخرج العدّة لأنّها من علاقة الزوجية، و لنحو صحيحة زرارة سأل أبا جعفر عليه السّلام عن رجل تزوج امرأة بالعراق ثمّ خرج إلى الشام فتزوّج امرأة أخرى فإذا هي أخت امرأته التي بالعراق، قال: يفرّق بينه و بين التي تزوّجها بالشام، و لا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية «٣».

[ج: تحرم بنت أخت الزوجة معها و بنت أخيها]

ج: تحرم بنت أخت الزوجة معها و بنت أخيها و إن نزلتا على إشكال في النازلتين من الاقتصار فيما خالف الأصل، و عموم:

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٦٨ ب ٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

(٢) صرّح بعين العبارة ابن إدريس في السرائر ٢: ٥٤٩، راجع الوسائل: ج ١٤ ص ٢٧٩ ب ٦ من أبواب ما يحرم بالنسب.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٦٨ ب ٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١.

«مَا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» «١» و «مٰا طٰابَ لَكُمْ» «٢» على المنصوص المتيقن، لعدم شمول بنت الأخ أو الأخت النازلة إلّا مجازا، و من الاحتياط، و أن الحكمة فيه احترام العمة و الخالة، و لذا جاز مع الإذن، فتحريم النازلة أولى، و به قطع في المبسوط «٣».

و إنّما تحرم تحريم جمع في عقد لا ملك و لو وطئهما كما سيأتي، و إنّما تحرم إن لم تجز الزوجة، فإن أجازت صحّ و قد سبق

الخلاف.

و له إدخال العمة و الخالة على بنت الأخ و بنت الأخت و إن كرهتا أى المدخول عليهما، خلافا لظاهر المقنع «۴» كما عرفت.

و الأقرب أنّ للعمة و الخالة حينئذ فسخ عقدهما لو جهلتا حين العقد الدخول على بنت الأخ أو الأخت، لا أنّ عقدهما يقع باطلا إن لم ترضيا، لعدم الدليل عليه مع الاستصحاب. و لا أنّ لهما فسخ عقد المدخول عليها و لا أنّه يبطل سبق صحته و لزومه، و لا أنّه يصحّ العقدان من غير تسلّط على فسخ، لعدم الفرق فى الاحترام بين التقدّم و التأخّر، و لخبر أبى الصباح عن الصادق عليه السّلام قال: لا يحلّ للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها، و لا بين المرأة و خالتها «۵».

و يحتمل بطلان عقدهما بناء على كون الرضا شرطا له كما هو ظاهر النصوص «۶» و فى بعضها التنصيص على البطلان. و يحتمل أن يكون لهما فسخ عقد المدخول عليها، لاشتراكهما فى الصحّة، فكما أنّ لهما فسخ عقد الداخلة، فكذا المدخول عليهما.

و هما ضعيفان، لأنّ الأصل عدم الشرطية، و الأخبار إنّما تضمنت النهى أو بطلان عقد بنت الأخ أو الأخت مع التأخّر، إلّا خبر أبى الصباح، و هو ضعيف

---

(۱) النساء: ۲۴.

(۲) النساء: ۳.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۲۰۶.

(۴) المقنع: ص ۱۱۰.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۶ ب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۷.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۵ ب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

مطلق، و الاشتراك فى الصحة مسلّم، لكنّ التسلّط على فسخ ما ثبت لزومه لا يثبت إلّا بدليل، و ليس.

و يحتمل صحة العقدين من غير تسلّط على الفسخ، لأنّ أخبار النهى و اشتراط الرضا كلّها فيما إذا كانت العمة أو الخالة مدخولا عليها، إلّا خبر أبى الصباح و قد عرفت حاله، و لا شبهة أنّه ليس للمدخول عليها هنا فسخ نكاح العمة أو الخالة، لعدم اشتراط الرضا منها، و يحتمله قوله: لا المدخول عليها.

[د: لا يجوز نكاح الأمة لمن عنده حرّة]

د: لا يجوز نكاح الأمة لمن عنده حرّة على القول بجواز نكاحها بدون الشرطين إلّا بإذنها [بلا خلاف كما يأتى] «۱» قبل العقد أو بعده، قيل:

و كذا على القول بالشرطين إذا لم يمكنه الاستمتاع بالحرّة «۲».

[ه: لا تحل ذات البعل أو العدّة]

ه: لا تحل ذات البعل أو العدّة الرجعية أو غيرهما لغيره أى البعل، و فى حكمه الواطئ لشبهة إلّا بعد مفارقته و انقضاء العدّة إن كانت من أهلها أى العدّة، و القيد لذات البعل.

[و: لو تزوّج الأختين نسبا أو رضاعا على التعاقب، كان الثانى باطلا]

و: لو تزوّج الأختين نسبا أو رضاعا على التعاقب، كان الثانى باطلا قطعا سواء دخل بها أى الثانية أو لا دخل بالأولى أو لا.

و له وطء زوجته فى عدّة الثانية إن كانت لها عدة، لعدم المانع، خلافا لأحمد «٣» لكنه يكره لما تقدّم.

فإن اشتبه السابق منع منهما كما هو شأن الاشتباه فى كلّ حرام و حلال.

و الأقرب إلزامه بطلاقهما لا فسخهما، أو فسخ الحاكم عقديهما، و لا يكفى الإلزام بطلاق إحداهما، فإنّه لا يكفى لحلّيّة الأخرى إلّا أن يجدّد العقد عليها لاحتمال كونها الثانية، و كذا إن قال: زوجتى منهما طالق. صحّ الطلاق لتعيّن الزوجة بالزوجية فى نفس الأمر و انحصارها و إن لم يعلمها المطلق، لكن لا تحلّ إحداهما إلّا بتجديد العقد.

---

(١) لم يرد فى ن.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ٥۴٧.

(٣) المغنى لابن قدامة (الشرح الكبير): ج ٧ ص ۴٨٩.

أمّا الإلزام بالطلاق فلوجوبه عليه، لأنّه يجب عليه إمّا الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، و لا يمكنه الأوّل هنا، فتعيّن عليه الثانى. و كل من وجب عليه أمر فامتنع منه كان للحاكم إلزامه عليه، و للزوم الحرج على المرأتين.

و يحتمل العدم، لعدم وقوع الطلاق بالإكراه كما سبق، مع جوابه فى عقد الوليين مع اشتباه السابق.

و يحتمل فسخهما أو فسخ الحاكم أو بطلانهما كما مرّ.

و إذا طلّقهما مختارا أو مكرها فيثبت لهما معا ربع مجموع المهرين إذ ليس عليه إلّا نصف أحدهما، و لا مرجح لأحدهما على الآخر، و لا لإحداهما على الأخرى، و هو مع اتفاقهما جنسا و وصفا و قدرا ظاهر و مع اختلافهما على إشكال من أنّ الواجب حينئذ نصف أحدهما، و هو مخالف لربع المجموع، فإيجابه عليه يوجب إسقاط الواجب و إيجاب غيره.

و من أنّ النصف لمّا اشتبه بينهما و لا مرجح لزم التقسيط. و حينئذ فالأقرب دفع القسط من كلّ مهر إلى من عيّن لها. و ربما احتمل قسمة المجموع عليهما لعدم المرجح، و القرعة، و الإيقاف حتى يصطلحا أو يتبيّن الحال، و الكلّ ظاهر الضعف.

و يحتمل القرعة فى مستحق المهر لأنّها واحدة منهما و قد اشتبهت، و هو عندى أقوى، فمن خرجت القرعة عليها استحقت نصف مهرها كاملا، و لا إشكال حينئذ إن اختلف المهران، إذ لا تعطى إلّا نصف مهرها.

و يحتمل الإيقاف حتى تصطلحا إذ لا يحصل يقين البراءة إلّا به.

و مع الدخول بهما يثبت المهران المسمّيان لهما مع الجهل أى جهلهما بالحكم أو «١» وقوع العقدين بحيث يحرم وطؤهما فليس له حينئذ تجديد عقد على إحداهما إلّا بعد أن يفارق الأخرى، و ينقضى العدّة من حين المفارقة، و كذا عدّة الاولى من حين الإصابة على ما فى التذكرة «٢».

لكونها فى نكاح فاسد.

---

(١) فى المطبوع بدل «أو»: و

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٣۶.

و يحتمل أن لا عدّة عليها، لكون الإصابة منه، و لحوق النسب به، و كونها فی حكم الإصابة الصحيحة. أو يفارقهما و ينقضی عدتاهما أو عدة الأخرى خاصة من حين المفارقة، إلّا أن يفارقهما بائنا، فلا يعتبر العدّة إلّا فی التی يجدد العقد عليها من حين الإصابة إن اشترطناها. و كذا إن فارق إحداهما بائنا و الأخرى رجعيا و أراد التجديد على الاولى لزم انقضاء عدة الرجعية، و لم يلزم انقضاء عدة البائن إلّا من حين الإصابة إن اشترطناها. و إن أراد التجديد على الرجعية لم يلزم انقضاء عدة البائن، و إنّما يلزم انقضاء عدة الرجعية من حين الإصابة على تقدير الاشتراط، و ثبوت المسمّيين لهما مبنيّ على ثبوت المسمّى بالوطء فی النكاح الفاسد.

و لو أوجبنا فی الفاسد مهر المثل فإنّما يثبت المسمّى لإحداهما و يثبت للأخرى مهر المثل، فإن اتفق المسمّى لكلّ منهما مع مهر مثلها فلا إشكال و إن اختلف أی المهر أو الأمر بالاعتبارين، أو مهر المثل مع المسمّى أو تحقق الاختلاف بين المهرين مهر المثل و المسمّى فالقرعة أو الإيقاف إلى الصلح.

و لو اتحد العقد عليهما أو تعدد و اقترنا بطل عقدهما وفاقا للمبسوط «١» و السرائر «٢» و الوسيلة «٣» و الشرائع «۴».

أمّا عند اتحاد العقد فلأنّه منهيّ عنه لكون المعقود عليها غير صالحة، و هو يوجب الفساد و إن لم يكن فی العبادات، كما أنّ بيع ما نهی عن بيعه فاسد. و أمّا عدم الصلاحية فلامتناع نكاح كلّ منهما مع الأخرى. و فيه: منع عدم الصلاحية، بل كلّ منهما صالحة للعقد و لو بالجمع، لأنّه يختار أيّتهما شاء، و لو سلّم عدمها للجمع فلا نسلّم إيجابه الفساد، و إنّما يوجبه إذا لم تصلح للعقد. و لعلّه يندفع بأنّه يكفی عدم الصلاحية لهذا العقد.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٠۶.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ۵٢٢.

(٣) الوسيلة: ص ٢٩٣.

(۴) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٩٠.

و لأنّ «١» العقد على كلّ منهما يمنع منه على الأخرى، و نسبته إليهما متساوية، و لا مرجح، فتعيّن البطلان.

و فيه أنّ المنع إنّما هو حين الانفراد بل التعاقب، و أنّ الاختيار مرجّح.

و لأنّه لو صحّ فإمّا بالنسبة إليهما و فساده بيّن، أو بالنسبة إلى إحداهما فإمّا بعينها فلا دليل، أو لا بعينها و هو محال. و يجوز اختيار الثالث و لا استحالة، فإن الاختيار يعيّنها.

و الوجه أن يقال: إنّ الجمع بينهما مفسد للعقد اتفاقا، لا لكون النهی مفسدا ليعترض عليه، بل لحصول الإجماع هنا على الفساد عند الجمع.

ثمّ عند التعاقب يترجّح الأوّل بالصحة، و يتعيّن الثانی للفساد، و هنا لا مرجّح فيفسد جملة، و وقوعه موقوفا على الاختيار خلاف الأصل و المعهود، فإنّه أمر خارج عن العقد و متمّماته، و هو الوجه عند التعدد و التقارن، و تجری الوجوه الأولة أيضا بأدنى تصرّف.

و قيل فی النهاية «٢» و المهذب «٣» و الجامع «۴»: يتخير أيتهما شاء، فيصحّ عقدها و يبطل الآخر، و هو مختار المختلف «۵» لصحيح جميل عن الصادق عليه السّلام فی رجل تزوّج أختين فی عقد واحد، قال: يمسك أيتهما شاء و يخلّی سبيل الأخرى «۶».

و لأنّ العقد يقتضى الصحّة، و ضميمة الغير غير مانعة كما فى العقد بين محلّلة و محرّمة.

لا يقال: هنا يتعيّن الصحيح و الفساد لتعيّن الحلال و الحرام، بخلاف ما فى المسألة، لأنّ الاختيار فيها يصلح معيّنا.

و الجواب: أنّ الخبر و إن كان صحيحا لكنه ليس نصا فى المدّعى، لاحتمال أن

---

(١) عطف على قوله: فلأنّه منهى عنه.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٢٩٦.

(٣) المهذب: ج ٢ ص ١٨٤.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴٢٩.

(۵) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٩.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۶٧ ب ٢۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ١.

يراد «يمسك أيّتهما شاء» بتجديد العقد عليها، و حينئذ لا يكون الاختيار معيّنا، هذا مع الاحتياط فى الفروج.

و لو وطأ أمة بالملك حرمت عليه أختها به أى بالملك حتى يخرج الاولى عن ملكه ببيع أو هبة أو غيرهما اتفاقا، و لعموم الآية «١» إذ المراد فيها الجمع فى العقد أو الوطء جميعا، لأنّ تحريم سائر من ذكرت فيه يعمّ العقد و الوطء، و الجمع فى الوطء بمعنى الجمع فى استباحته أو فى مقدّماته، و هو ممكن للأخبار.

و فى اشتراط اللزوم فى العقد المخرج عن الملك أو الاكتفاء به و لو جائزا إشكال، من الإشكال فى الخروج عن الملك بنفس العقد، و من أنّ العمدة فى حلّ الأخرى حرمة الاولى بحيث لا يتمكن من وطئها، و هو لا يحصل بدون اللزوم. و من منع ذلك، بل العمدة الخروج عن الملك أو الحرمة بالخروج و إن جاز له الرجوع، فإنّه مع اللزوم أيضا يتمكن من الوطء بعود الملك إليه. و فيه أنّه لا يتمكن منه بنفسه.

و قطع فى التذكرة بعدم كفاية الهبة ما لم تقبض، لأنّها إنّما تتمّ به، و البيع بالخيار إذا جاز للبائع الوطء «٢».

و فى الاكتفاء بالتزويج و لو بعبده أو الرهن أو الكتابة و لو مشروطة.

و بالجملة بما يحرم عليه الوطء و إن لم يخرجها عن ملكه إشكال من كون العمدة هو الحرمة أو الخروج عن الملك، و على الأوّل هل يشترط الحرمة بحيث لا يكون له الاستبداد بالرجوع؟ و الثانى أقوى للأصل و الاحتياط و التعليق عليه فى الأخبار.

و قطع فى التذكرة بأنّ الرهن لا يكفى، قال: لأنّ منعه من وطئها لحقّ المرتهن

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٣٧ س ٢۴.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١۴١۶ ه‍ ق

لا لتحريمها، و لهذا يحلّ بإذن المرتهن فى وطئها، و لأنّه يقدر على فكّها متى شاء و استرجاعها إليه «١».
و فيه: أنّه يحل وطء المبيعة و الموهوبة أيضا بإذن المبتاع و المتّهب، و قد لا يستبدّ بالقدرة على الفكّ، و لا يكفى القدرة المطلقة لتحققها فى العقود المخرجة عن الملك أيضا.
و قطع بكفاية الكتابة وفاقا للمبسوط «٢» لأنّها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه، و حكى خلافه عن بعض العامة مستدلّا بأنّه بسبيل «٣» من استباحتها بالتعجيز «۴».
فإن وطأ الثانية أيضا قبل إخراج الأولى قيل فى التهذيب «۵» و المهذب «۶» و النهاية «٧» و الجامع «٨» إن كان عالما بالتحريم حرمت الاولى حتى تموت الثانية أو يخرجها عن ملكه لا للعود إلى الأولى، فإن أخرجها لذلك لم تحلّ الاولى و إن كان جاهلا حلّت الأولى إذا أخرجت الأخرى عن ملكه على كلّ حال، و هو مختار المختلف «٩».
أمّا الاشتراط بالإخراج عن الملك لا بنيّة العود فلأخبار كثيرة كصحيح محمّد بن مسلم سأل أبا جعفر عليه السّلام عن رجل عنده اختان مملوكتان، فوطأ إحداهما ثمّ وطأ الأخرى، قال إذا وطأ الأخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الأخرى، قال: قلت: أ رأيت إن باعها أ تحل له الاولى؟ فقال:
إن كان باعها لحاجة و لا يخطر على باله من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأسا، و إن كان يبيعها ليرجع إلى الاولى فلا و لا كرامة «١٠». و نحو منها حسنة الحلبى

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٣٧ س ٢١.
(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢٠۶.
(٣) فى المطبوع بدل «بسبيل»: يستبدّ.
(۴) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٣٧ س ٢٣.
(۵) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٢٨٩ ذيل الحديث ١٢١۵.
(۶) المهذب: ج ٢ ص ١٨۵.
(٧) النهاية: ج ٢ ص ٢٩٧.
(٨) الجامع للشرائع: ص ۴٣٠.
(٩) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۵٣.
(١٠) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۴۴٨ ح ۴۵۵١.

عن الصادق عليه السّلام «١».
و أمّا الفرق بين العلم و الجهل فلنحو صحيحة سأله عليه السّلام الرجل يشترى الأختين فيطأ إحداهما ثمّ يطأ الأخرى بجهالة، قال: إذا وطأ الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الاولى، و إن وطأ الأخيرة و هو يعلم أنّها عليه حرام حرمتا عليه جميعا «٢».
و أمّا اشتراط الخروج عن الملك مع الجهل أيضا فلرواية عبد الغفار الطائى عنده عليه السّلام فى رجل كانت عنده اختان فوطأ إحداهما ثمّ أراد أن يطأ الأخرى، قال:
يخرجها عن ملكه، قلت: إلى من؟ قال: إلى بعض أهله، قلت: فإن جهل ذلك حتى وطأها، قال: حرمتا عليه كلتاهما «٣».

و الأقرب وفاقا لابن إدريس «۴» أنّه متى أخرج إحداهما عن ملكه أيّة كانت حلّت الأخرى، سواء كان الإخراج للعود إلى الأولى أو الأخرى أو لا، و سواء علم التحريم أو لا، لانتفاء الجمع فيدخل فى أصل الإباحة، و عموم «مَا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» و «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» و «إن الحرام لا يحرم الحلال» مع انتفاء إجماع أو خبر متواتر أو صحيح، بخلافه مع إمكان حمل الأخبار على الكراهة، و لعلّه أولى من تخصيص الكتاب بها.

و إن لم يخرج إحداهما فالثانية محرّمة دون الاولى استصحابا لحال كلّ منهما، لأنّ الحرام لا يحرّم الحلال.

و هنا قول ثالث بتحريم الاولى مع العلم بالتحريم إلى أن تموت الأخرى، أو يخرجها عن ملكه لا للعود، و عدمه مع الجهل، من غير اشتراط بخروج الأخرى عن الملك، و هو قول ابن حمزة «۵» و هو أقوى من قول الشيخ، لأنّ الأخبار الفارقة

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۳- ۳۷۴ ب ۲۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ذيل الحديث ۹.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۲ ب ۲۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۵.

(۳) المصدر السابق: ح ۶.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۵۳۸.

(۵) الوسيلة: ص ۲۹۴- ۲۹۵.

بين العلم و الجهل غير خبر عبد الغفار يدلّ عليه مع الأصل و العمومات، و خبر عبد الغفار ضعيف.

و رابع و هو حرمة الأولى حتى يخرج الثانية عن الملك، من غير فرق بين العلم و الجهل، و الإخراج للعود و لغيره، و يدلّ عليه خبر معاوية بن عمّار سأل الصادق عليه السّلام عن رجل كانت عنده جاريتان اختان فوطأ إحداهما ثمّ بدا له فى الأخرى، قال: يعتزل هذه و يطأ الأخرى، قال: قلت: فإنّه تنبعث نفسه للولى، قال:

لا يقربها حتى تخرج تلك عن ملكه «۱». و العمل به مشكل، من حيث الفرق بين الاولى و الثانية بكفاية الاعتزال لحليّة الثانية دون الأولى، إلّا أن يحمل الاعتزال على الإخراج عن الملك.

و لو وطأ أمة بالملك قيل فى المبسوط «۲» و الخلاف «۳»: جاز أن يتزوّج بأختها فتحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة و هو مختار التحرير «۴» فإن النكاح أقوى من ملك اليمين فلا يبطله.

و يحتمل الحرمة بمنع القوّة و ترتّب مثل الظهار و الإيلاء و الميراث لا يدلّ عليها، و لا كون الغرض الأصلى من الملك المالية على الضعف مع تساويهما فى الاستفراش الصحيح و سبق الملك. نعم لو تزوّج إحداهما جاز له شراء الأخرى و إن حرم وطئها، و إن وطأها لم تحرم المنكوحة.

[ز: لو تزوّج بنت الأخ أو الأخت على العمة و الخالة]

ز: لو تزوّج بنت الأخ أو الأخت للزوجة على العمة و الخالة من النسب و الرضاع لتساويهما، و صحيح أبى عبيدة الحذاء سمع الصادق عليه السّلام يقول: لا تنكح المرأة على عمّتها، و لا على خالتها، و لا على أختها من الرضاعة «۵».

حرين كانتا أو أمتين أو بالتفريق لا لو جمعهما فى ملك

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۱ ب ۲۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۲.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۰۷.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۳۰۵ المسألة ۷۷.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۳ س ۱۳.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۶۶ ب ۲۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۲.

يمين أو تزوّج بإحداهما و ملك الأخرى اتفقتا أو تعاقبتا على إشكال من وقوع النهى عن الجمع، و النكاح و هو الوطء فى اللغة، و كون ملك اليمين بمنزلة النكاح فى الاستفراش، و كون الحكمة احترام العمة و الخالة بالنسبة إلى بنت الأخ أو الأخت، و الاحتراز عن وقوع البغضة بينهما. و من الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن، و التصريح فى أكثر الأخبار بالتزويج، و هو المعروف من لفظ النكاح فى العرف، و اختلاف الزوجة و ملك اليمين فى الاحترام.

فإن كان التزوّج بإذنهما أى العمة و الخالة صحّ اتفاقا و إلّا بطل على رأى ابن إدريس «۱» و المحقق «۲» للنهى، و هو و إن لم يقتضى الفساد فى المعاملات، لكنه دلّ على عدم صلاحية متعلقة للعقد عليه، و هو يوجب الفساد كنكاح الأخت و بيع الغرر. أو نقول: و إن لم يدلّ على الفساد لكن لا بدّ للعقد المنهىّ عنه ممّا يدلّ على صحته خصوصا أو عموما. و لقول الكاظم عليه السّلام فى خبر على بن جعفر: فمن فعل فنكاحه باطل «۳».

و فى الأوّل منع انتفاء الصلاحية، و لذا جاز مع الإذن، و لا حاجة إلى المصحح بعد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و العلم بصحة أصل النكاح بشروطه، و عدم الدليل على اشتراطه بعدم الدخول على العمة أو الخالة، و الخبر مجهول.

و وقع موقوفا على رضا المدخول عليها على رأى الشيخين «۴» و أتباعهما فإن أجازت العمة أو الخالة لزم، و لا يستأنف عقد آخر، و إن فسختاه و يكفى فيه الكراهة بطل، و لا مهر قبل الدخول كالفضولى إذا لم يجز. أمّا عدم البطلان فلما عرفت، و لأنّه أولى بالصحة من الفضولى، لحصوله بدون إذن من بيده العقد، بخلافه هنا. و أمّا التزلزل فلاشتراطه بالإذن، و عموم الأخبار «۵»

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۴۵.

(۲) المختصر النافع: ص ۱۷۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۵ ب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۳.

(۴) المقنعة: ص ۵۰۵، المبسوط: ج ۴ ص ۲۰۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۵ ب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها.

للابتداء و الاستدامة [و الاتفاق على البطلان إن صرحت بالكراهة حين العقد أو قبله فكذا فى الاستدامة] «۱» للاشتراك و المصلحة، و لما تقدّم من خبر على بن جعفر، و لما روى من أنّ عليّا عليه السّلام أتى برجل تزوّج على خالتها فجلده و فرّق بينهما «۲».

و هل يتزلزل عقد المدخول عليها حتى يكون للعمة أو الخالة فسخ عقدهما و هو الاعتزال عن الزوج؟ قيل: نعم و هو قول الأكثر «۳» لكن ابنى البراج «۴» و إدريس «۵» قالا به خاصة، و لا يعرف له من ابن إدريس وجه، فإنّه أبطل العقد، و غيرهما قال بتزلزل العقدين جميعا، فلهما فسخ عقدهما و فسخ عقد الداخلة جميعا.

و دليل الأوّل: إنّه ثبت اعتبار رضاهما فى جواز الجمع، و الأصل عدم اشتراط رضا غير المتعاقدين فى صحة العقد، فينبغى أن

يكون لهما الخيار فى استدامة عقدهما و فسخه خاصة.

و دليل الثانى: ما تقدّم فى تزلزل العقد الثانى، مع أنّ اشتراط الرضا لمصلحتهما، فالتسلّط على فسخه أولى مع التساوى فى الانعقاد صحيحا.

و فيه نظر لأنّ المنهى عنه إنّما هو العقد الثانى فيختص بالتزلزل، و لأنّه الموقوف على رضاهما، و لسبق لزوم عقدهما فيستصحب، و لما تقدّم من الحكم ببطلان الثانى، و لأنّ الأخبار إنّما وردت بتوقّف الثانى على رضاهما «۶».

و على القول فتقع العدّة حينئذ بائنة لأنّها عدّة الفسخ لا الطلاق، فلا يجب ارتقاب انقضائها للدخول بالثانية، خلافا لابن حمزة «۷» قال فى المختلف:

(۱) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۶ ب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۴.

(۳) لم نظفر على من نسبه إلى الأكثر.

(۴) المهذب: ج ۲ ص ۱۸۸.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۵۴۵.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۷۵ ب ۳۰ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها.

(۷) الوسيلة: ص ۲۹۳.

لا وجه له «۱» و قال القاضى بجواز فسخ الزوج لعقد الداخلة «۲» و لعلّه أراد الطلاق.

[لو عقد على الأمة من دون إذن الحرة بطل]

ح: اتفقت الأصحاب على أنّه لا يجوز نكاح الأمة على الحرة بغير إذنها، و دلّت عليه الأخبار «۳».

و لو عقد على الأمة من دون إذن الحرة بطل على رأى بنى أبى عقيل و الجنيد «۴» و إدريس «۵» و المحقق «۶» و الشيخ فى التبيان «۷» و ظاهر المبسوط «۸» و حكى فيه الإجماع عليه لمثل ما مرّ فى النكاح على العمة و الخالة و لقول الصادق عليه السّلام للحلبى «۹» فى الحسن: و من تزوّج أمة على حرّة فنكاحه باطل، و نحوه للحسن بن زياد «۱۰» و لحذيفة بن منصور يفرّق بينهما «۱۱».

أو كان موقوفا على رأى الشيخين «۱۲» و أتباعهما لمثل ما مرّ. و حينئذ فتتخير الحرة فى فسخه و إمضائه.

و هل لها فسخ عقدها مع كونه السابق الثابت اللزوم قيل فى المقنعة «۱۳» و النهاية «۱۴» و المراسم «۱۵» و المهذب «۱۶» و الوسيلة «۱۷»: نعم لمثل ما مرّ، و لقول الصادق عليه السّلام لسماعة: إن شاءت الحرة أن تقيم مع الأمة أقامت، و إن شاءت ذهبت إلى أهله «۱۸».

(۱) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۶۴.

(۲) المهذب: ج ۲ ص ۱۸۸.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۲ ب ۴۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(۴) حكاه عنهما فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۶۵.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۵۴۵.

(۶) المختصر النافع: ص ۱۷۷.

(۷) التبيان: ج ۳ ص ۱۶۹ و ۱۷۰.

(۸) المبسوط: ج ۴ ص ۲۱۵.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۲ ب ۴۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۱.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۳ ب ۴۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۵.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۴ ب ۴۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۲.

(۱۲) المقنعة: ص ۵۰۷، النهاية: ج ۲ ص ۳۰۲.

(۱۳) المقنعة: ص ۵۰۷.

(۱۴) النهاية: ج ۲ ص ۳۰۲.

(۱۵) المراسم: ص ۱۵۰.

(۱۶) المهذب: ج ۲ ص ۱۸۸.

(۱۷) الوسيلة: ص ۲۹۴.

(۱۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۴ ب ۳۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۳.

و لو تزوّج الحرّة على الأمة مضى العقد أى لم يبطل و لكن تتخيّر الحرّة مع عدم العلم حين العقد بأن تحته أمة فى إمضاء عقدها نفسها و فسخه وفاقا للمشهور و فى الخلاف نقل الإجماع عليه «۱» و به خبر يحيى الأزرق عن الصادق عليه السّلام سأله عن رجل كانت له امرأة وليدة فتزوّج حرّة و لم يعلمها أنّ له امرأة وليدة، فقال: إن شاءت الحرّة أقامت، و إن شاءت لم تقم «۲».

و لا يتخيّر فى عقد الأمة لسبق لزومه، خلافا للتبيان فخيّرها فيه أيضا «۳» و جعله فى المبسوط رواية «۴».

و لو جمع بينهما فى عقد صحّ عقد الحرّة لعدم المقتضى لفساده، و لصحيح أبى عبيدة الحذاء عن الباقر عليه السّلام فى رجل تزوّج حرّة و أمتين مملوكتين فى عقد واحد، قال: أمّا الحرّة فنكاحها جائز، و إن كان قد سمى لها مهرا فهو لها، و أمّا المملوكتان فنكاحهما فى عقد مع الحرّة باطل يفرّق بينه و بينهما «۵». و كان عقد الأمة موقوفا أو باطلا على القولين، و ظاهر الخبر البطلان. و يمكن حمله على الوقف، و اختار فى المختلف «۶» تخيير الحرّة فى فسخ عقدها و عقد الأمة جميعا لتساوى العقدين، و لا ينافيه الخبر.

و لو عقد على من يباح نكاحها و من يحرم دفعة بعقد واحد أو متعدد صحّ عقد الاولى دون الثانية أمّا عند تعدد العقد فظاهر، و أمّا عند اتحاده فلجواز تفرق الصفقة عندنا.

[قيل يحرم على الحرّ العقد على الأمة]

ط: قيل: يحرم على الحرّ العقد على الأمة إلّا بشرطين: عدم الطول

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۳۱۸ المسألة ۹۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۴ ب ۴۷ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۱.

(۳) التبيان: ج ۳ ص ۱۷۰.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۱۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۵ ب ۴۸ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۱.

(۶) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۶۷.

و هو المهر و النفقة فعلاً أو قوّة و خوف العنت و هو مشقّة الترك و فسّر بالزنا و خوف الوقوع فيه، و الظاهر أنّ خوف المشقّة الشديدة و الضرر العظيم بتركه كذلك، لعموم اللفظ، و عدم ثبوت النقل، و يتحقّق الخوف لمن تحته صغيرة كما نصّ عليه فى المبسوط «۱» و التحرير «۲» أو غائبة لا يصل إليها، و استشكل فيه فى التحرير «۳» و هذا قول أكثر المتقدمين لظاهر الآية، خصوصا خوف العنت، و نحو صحيح محمّد بن مسلم سأل أحدهما عليهما السّلام عن الرجل يتزوّج المملوكة؟ قال:

لا بأس إذا اضطر إليها «۴».

و قيل بل يكره «۵» و هو الأشهر عند المتأخّرين، و به قال الشيخ فى النهاية «۶» و التبيان «۷» بضعف دلالة الآية، لكونها بالمفهوم، و أصالة الإباحة، و عموم:

«مَا وَرَاءَ ذٰلِكُمْ» و الأخبار الواردة فى نكاح الأمة على الحرّة أو العكس، و لذا قصر بعضهم الحرمة على من تحته حرّة، و لقول الصادق عليه السّلام فى خبر عبّاد بن صهيب:

لا ينبغى للرجل المسلم أن يتزوّج من الإماء إلّا من خشى العنت «۸». و فى مرسل ابن بكير: لا ينبغى أن يتزوّج الحرّ المملوكة اليوم، إنّما كان ذلك حيث قال اللّه عزّ و جلّ «وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا» و الطول المهر، و مهر الحرّة اليوم مثل مهر الأمة و أقل «۹».

فعلى الأوّل تحرم الثانية لاندفاع الضرورة بالأولى، و قال الصادق عليه السّلام فى خبر عباد بن صهيب: و لا تحلّ له من الإماء إلّا واحدة «۱۰». هذا مع إمكان استمتاعه من الاولى، و إلّا فالوجه الجواز.

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۱۴.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۶ س ۲۰.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۶ س ۲۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۷ ب ۸ من أبواب القسم و النشوز، ح ۱.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۵۴۷.

(۶) النهاية: ج ۲ ص ۳۰۲.

(۷) التبيان: ج ۲ ص ۲۱۸.

(۸) تفسير العيّاشى: ج ۱ ص ۲۳۵ ح ۹۷.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۱ ب ۴۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۵.

(۱۰) تفسير العيّاشى: ج ۱ ص ۲۳۵ ح ۹۷.

و لا خلاف فى تحريم الثالثة على الحرّ كان تحته حرّة أم لا كما سيأتى.

[الفصل الثانى فى استيفاء عدد الطلاق]

الفصل الثانى فى استيفاء عدد الطلاق و استيفاء عدد الموطوءات و الأولى: الزوجات.

أمّا الأوّل: فمن طلّق حرّة دخل بها أم لا ثلاث طلقات يتخلّلها رجعتان باستئناف عقد أو لا به حرمت عليه بالثالثة رجعة و استئناف عقد حتى تنكح زوجا غيره و يطأها ثمّ يفارقها بطلاق أو غيره بالنص و الإجماع و إن كان المطلق عبدا.

و تحرم الأمة على زوجها بطلقتين بينهما رجعة حتى تنكح زوجا غيره و يطأها و إن كان المطلق حرا و بالجملة فأطبق الأصحاب و الأخبار على أنّ العبرة فى العدد بحال الزوجة دون الزوج «۱».

و أمّا الثانى: فالحرّ إذا تزوّج دائما أربع حرائر حرم عليه ما زاد غبطة أى دواما من قولهم: غبطت عليه الحمى أى دامت، و أغبطت الرجل على ظهر البعير أى أدمته عليه حتى تموت واحدة منهنّ أو يطلّقها بائنا حين الطلاق أو بعد انقضاء العدّة، فالمراد بالحال ما يعمّ المحققة و المقدرة. أو يفسخ الاولى كونه على بناء المجهول ليعمّ فسخه و فسخها عقدها و انفساخه بنفسه بسبب من الأسباب المسوّغة للفسخ أو الموجبة له فإن طلّق رجعيا لم تحلّ له الخامسة حتى تخرج العدة لأنّها فى حكم الزوجة، و لحسنة زرارة و محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السّلام: إذا جمع الرجل أربعا فطلّق إحداهنّ فلا يتزوّج الخامسة حتى تنقضى عدة المرأة التى طلّقت، و قال: لا يجمع ماءه فى خمس «۲».

و لو كان الطلاق بائنا حلّت الخامسة فى الحال لخروجها عن

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۰۸ و ۴۰۹ ب ۱۱ و ۱۲ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۹ ب ۲ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۲۱۳

الزوجية، و عدم جمع الماء فى خمس إلّا فى بعض. و خبر سعد بن ظريف عن الصادق عليه السّلام قال: سئل عن رجل كنّ له ثلاث نسوة، ثمّ تزوّج امرأة أخرى فلم يدخل بها، ثمّ أراد أن يعتق أمته و يتزوّجها، فقال: إن هو طلّق التى لم يدخل بها، فلا بأس أن يتزوّج اخرى من يومه ذلك، و إن طلّق من الثلاث النسوة اللاتى دخل بهن واحدة لم يكن له أن يتزوّج امرأة أخرى حتى تنقضى عدة المطلقة «۱». على كراهة فى العدة، لنحو خبر ابن أبى حمزة سأل الكاظم عليه السّلام عن الرجل يكون له أربع نسوة فيطلّق إحداهن أ يتزوّج مكانها اخرى؟ قال: لا حتى تنقضى عدتها «۲».

و ظاهر التهذيب «۳» الحرمة قبل الانقضاء، و هو ظاهر الأخبار «۴».

و لو تزوّج اثنتين دفعة حينئذ أى حين طلّق إحدى الأربع بائنا أو رجعيا و قد انقضت عدتها قيل فى النهاية «۵» و المهذب «۶» و الوسيلة «۷» و الجامع «۸»: يتخيّر أيتهما شاء، و هو مختار المختلف «۹» لأنّه بمنزلة الجمع فى عقد بين المحلّلة و المحرّمة، و لصحيح جميل عن الصادق عليه السّلام: فى رجل تزوّج خمسا فى عقد، قال: يخلّى سبيل أيتهن شاء و يمسك الأربع «۱۰». و لكنه ليس نصّا فى الإمساك بذلك العقد، و لا فى أن التزويج حال الإسلام.

و قيل فى السرائر «۱۱» و النافع «۱۲» و الشرائع «۱۳»: يبطل و هو مختار

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۰۱ ب ۳ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ۶.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۰۰ ب ۳ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ۲.

(۳) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۹۴ ذيل الحديث ۱۲۳۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۰۰ ب ۳ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد.

(۵) النهاية: ج ۲ ص ۲۹۷.

(۶) المهذب: ج ۲ ص ۱۸۵.

(۷) الوسيلة: ص ۲۹۴.

(۸) الجامع للشرائع: ص ۴۳۰.

(۹) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۹.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۰۳ ب ۴ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ۱.

(۱۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۳۹.

(۱۲) المختصر النافع: ص ۱۷۹.

(۱۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۹۳.

الإرشاد «۱» و التحرير «۲» للنهى، و فيه ما مرّ من الكلام. و لتساويهما فى العقد، و لا- مرجّح، و فيه: أنّ الاختيار مرجّح للنص الصحيح من غير معارض. و للاحتياط و هو من كلّ وجه ممنوع لأدائه إلى جواز تزوّجهما بآخر من غير طلاق. و لتغليب الحرمة، و فيه: أنّه إنّما يكون فيما تحققت فيه حرمة، و لا مخلص إلّا بالاجتناب، و هو هنا ممنوع.

و لو تزوّج الحرّ حرّة فى عقد و اثنتين فى عقد و ثلاث فى عقد و اشتبه السابق، صح نكاح الواحدة على القول الثانى و هو البطلان، لأنّه إن تقدم عقدها فظاهر، و إن تقدم الآخران بطل أحدهما فيصح هو، و إن تقدم أحدهما صح معه و بطل الآخر، فنكاح الواحدة صحيح قطعا، و بقى الاشتباه فى الآخرين.

قال فى التذكرة: و الوجه عندى استعمال القرعة، و حكى عن الشافعية وجهين: أحدهما: بطلانهما، و الآخر: الإيقاف إلى بيان الزوج، فإن لم يعلم كان لهن طلب الفسخ، و إن صبرن لم ينفسخ و عليه الإنفاق عليهن فى مدة التوقّف «۳».

و أمّا على القول بالتخيير فلا يتعيّن الواحدة للصحة، لاحتمال تأخّر عقدها عن الآخرين مع جواز صحتهما باختيار إحدى الاثنتين أو اثنتين من الثلاث.

و يحلّ له بملك اليمين و المتعة ما شاء مع الأربع الدائمات و بدونهن فى ملك اليمين اتفاقا من المسلمين، و فى المتعة على المشهور عندنا، و حكى عليه الإجماع فى السرائر «۴» و الواسطيات للسيد «۵» و الأخبار «۶» الناطقة به كثيرة، و جعلها القاضى من الأربع على الاحتياط «۷» لقوله تعالى:

---

(۱) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۲۶.

(۲) نسبه إلى القيل، راجع تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۱۵ س ۳۰.

(۳) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۴۰ س ۴ و ۸.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۲۴.

(۵) الواسطيات (رسائل المرتضى المجموعة الرابعة): ص ۴۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۴۶ ب ۴ من أبواب المتعة.

(۷) المهذب: ج ۲ ص ۲۴۳.

«فَانْكِحُوا مٰا طٰابَ لَكُمْ مِنَ النِّسٰاءِ مَثْنىٰ وَ ثُلٰاثَ وَ رُبٰاعَ» «۱» و لقول الباقر عليه السّلام لزرارة: هى من الأربع «۲» و لقول الرضا عليه السّلام للبزنطى قال: قال أبو جعفر عليه السّلام:

اجعلوهن من الأربع، فقال صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ قال: نعم «۳». و الآية ليست نصا فى تحريم الزائد مع المعارضة بعموم «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ» «۴» و الأخبار، و يمكن حمل الخبرين على الكراهة جمعا، و الاحتياط لا ينافيه، لجواز إرادة الفضل منه، و الاحتياط من العامة.

و لا يحلّ له من الإماء بالعقد الدائم أكثر من اثنتين هما من جملة الأربع و معناه أنّه لا تحلّ له ثلاث إماء بالعقد الدائم و إن لم يكن معه حرّة دائمة و لا أمتان دائما مع ثلاث حرائر دائما، و يجوز التمتع بما شاء منهن إلّا أن يكون تحته حرّة، فالظاهر اشتراط إذنها، لعموم الأدلّة. و هنا موضع ما ذكره من حكم الإماء و فيما تقدّم إنّما ذكره استطرادا.

و أمّا العبد فيحرم عليه عندنا بالدائم أكثر من حرّتين، و تحلّ له حرتان أو أربع إماء أو حرة و أمتان و لا تحلّ له حرتان و أمة، و لا حرة و ثلاث إماء، فإنّ الحرّة بمنزلة أمتين، و لا تحلّ له أكثر من أربع إماء و له أن يعقد متعة على ما شاء من العدد أو ما شاء من العقد مع العدد و بدونه، و كذا يطأ بملك اليمين ما شاء إن كان يملك، و إلّا فالتحليل فى حكمه.

و لو تجاوز العدد السائغ له فى عقد واحد ففى التخيير أو بطلان العقد إشكال كالحر و كذا إن تعدد العقد مع الاقتران.

و المعتق بعضها كالأمة فى حقّ الحر، و كالحرة فى حقّ العبد فى عدد الموطوءات فلا يجوز لواحد منهما الجمع بين أكثر من اثنتين منها تغليبا للحرمة و احتياطا.

---

(۱) النساء: ۳.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۴۹ ب ۴ من أبواب المتعة ذيل الحديث ح ۱۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۴۸ ب ۴ من أبواب المتعة ح ۹.

(۴) النساء: ۲۴.

أمّا فى عدد الطلاق فكالأمة معهما للاحتياط و صدق اسم الأمة عليها. و المعتق بعضه كالحر فى حقّ الإماء فلا يحلّ له أكثر من أمتين، بل لا يحلّ له نكاح الأمة إلّا مع الشرطين على القول بهما. و فى بعض النسخ فى حق الأمة.

و السر فى توحيدها إن صحّت يظهر ممّا ذكرنا، فإنّه لا تحلّ له أمة واحدة على أحد القولين بخلاف الحرائر فإنّ التى لا تحلّ له إنّما هو الزائد على حرتين.

و كالعبد فى حقّ الحرائر فلا يحلّ له أكثر من حرتين أو حرة و أمتين أو مبعّضتين أو مبعّضة و أمتين احتياطا و تغليبا لجانب الحرمة. و أجاز له فى التذكرة نكاح الأمة مع القدرة على الحرة «۱». لأنّ ما فيه من الرقّ أخرجه عن الولاية و النظر للولد.

[الفصل الثالث فى الكفر و فيه مطالب]

اشارة

الفصل الثالث فی الکفر و فیه مطالب خمسة:

[الأوّل فی أصناف الکفّار]

الأوّل فی أصناف الکفّار و هم ثلاثة أصناف: أ: من لهم کتاب و هم الیهود و النصاری، أمّا السامرة فقیل: إنّهم قوم من الیهود یسکنون بیت المقدس، و قرایا من أعمال مصر، یتقشفون فی الطهارة أکثر من سائر الیهود، أثبتوا نبوّة موسی و هارون و یوشع علیهم السّلام و أنکروا نبوّة من بعدهم رأسا إلّا نبیا واحدا. و قالوا: التوراة إنّما بشرت بنبی واحد یأتی بعد موسی یصدّق ما بین یدیه من التوراة و یحکم بحکمها، و لا یخالفها البتة، و قبلتهم الطور الذی کلّم اللّه علیه موسی. و قالوا: إنّ اللّه أمر داود أن یبنی بیت المقدس علیه فخالف و ظلم فبناه بایلیا.

---

(۱) تذکرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۴۳ س ۳.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۷، ص: ۲۱۷

و أمّا الصابئون فقال أبو علی: إنّهم قوم من النصاری «۱». و فی المبسوط: إنّ الصحیح خلافه، لأنّهم یعبدون الکواکب «۲». و فی التبیان «۳» و مجمع البیان «۴» أنّه لا یجوز عندنا أخذ الجزیة منهم، لأنّهم لیسوا أهل کتاب. و فی الخلاف نقل الإجماع علی أنّه لا یجری علی الصابئة حکم أهل الکتاب «۵». و فی العین: إنّ دینهم یشبه دین النصاری، إلّا أنّ قبلتهم نحو مهب الجنوب حیال نصف النهار، یزعمون أنّهم علی دین نوح علیه السّلام «۶». و قیل: قوم من أهل الکتاب یقرءون الزبور «۷». و قیل: بین الیهود و المجوس «۸». و قیل: قوم یوحدون و لا یؤمنون برسول اللّه «۹». و قیل: قوم یقرّون باللّه عزّ و جلّ و یعبدون الملائکة و یقرءون الزبور و یصلّون إلی الکعبة «۱۰». و قیل: قوم کانوا فی زمن إبراهیم علیه السّلام یقولون بأنّا نحتاج فی معرفة اللّه و معرفة طاعته إلی متوسط روحانی لا جسمانی، ثمّ لمّا لم یمکنهم الاقتصار علی الروحانیات و التوسّل بها فزعوا إلی الکواکب، فمنهم من عبد السیارات السبع، و منهم من عبد الثوابت، و منهم من اعتقد الإلهیة فی الکواکب، و منهم من سمّاها ملائکة، و منهم من تنزّلوا عنها إلی الأصنام «۱۱».

و الأصل فی الباب أنّهم أی السامرة و الصابئین إن کانوا إنّما یخالفون القبیلین فی فروع الدین فهم منهم و إن خالفوهم فی أصله أی أصل من أصوله و إن آمنوا بموسی و عیسی علیهما السّلام فهم ملحدة لهم حکم

---

(۱) ذکر هذا القول الشیخ الطوسی فی المبسوط: ج ۴ ص ۲۱۰ من دون نسبة.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۱۰.

(۳) التبیان: ج ۱ ص ۲۸۳.

(۴) مجمع البیان: ج ۱ ص ۱۲۶.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۳۱۸ المسألة ۹۳.

(۶) العین: ج ۷ ص ۱۷۱ (مادة صبأ).

(۷) القائل السدی راجع مجمع البیان: ج ۱ ص ۱۲۶.

(۸) القائل مجاهد و حسن، راجع المصدر السابق.

(۹) تفسير القرآن العظيم لابن كثير، ج ۱ ص ۱۰۴.

(۱۰) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى: ج ۱ ص ۴۳۴.

(۱۱) راجع تفسير القرآن لابن كثير: ج ۱ ص ۱۰۴، و التنقيح الرائع: ج ۳ ص ۱۰۰.

الحربيين و بهـذا يمكن الجمع بين القولين بجواز أن يعـدّوا منهم و إن خالفوهم فى بعض الأصول، كما يعدّ كثيرا من الفرق، من المسلمين مع المخالفة فى الأصول، بل الأمر كذلك فى غير الإمامية. و قد قيل: إنّه لا كلام فى عدّهما من القبيلين، و إنّما الكلام فى الأحكام.

و لا اعتبار عندنا بغير هذين الكتابين: التوراة و الإنجيل المفهومين «۱» من اليهود و النصارى كصحف إبراهيم و زبور داود عليهما السّـلام و لا اعتبار بغير القبيلين اليهود و النصارى كأهل صحف إبراهيم و أهل زبور داود، و كذا صحف آدم و إدريس اقتصارا على موضع اليقين، و لأنّهـا ليست فى الحرمـة كالكتـابين لأنّهـا مواعـظ لا- أحكام فيها و و قيل: إنّها ليست معجزة أى ليست كتبا إلهيّـة، و إنّمـا هى وحى أوحى إليهـم عليهم السّـلام، و الألفـاظ منهم فهى من السنّة لا- الكتـاب، و فيه إشـعار بإعجـاز التـوراة و الإنجيل، و هو خلاف المعروف، و إن قال به بعض العامة «۲».

و يجوز أن لا- يريـد بنفى الإعجـاز نفى الكتابيـة، بـل يكون المقصود أنّها مع تسـليم كونها كتبا إلهيّـة ليس لها الإعجاز كالقرآن حتى تحترم. فلعلّه يقول: إنّ السر فى احترام أهل الكتاب لعلّه أحـد أمرين: إمّا الاشـتمال على الأحكام أو الإعجاز، إذ بهما يمتاز الكتاب الإلهى عن غيره امتيازا بيّنا.

و من انتقل من الإسـلام أو دين من أديان الكفر إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبىّ صلّى اللّه عليه و آله لم يقبل منه عندنا، و يظهر الخلاف فيه من الإيضاح «۳» بل قيل: لقوله تعالى «وَ مَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلٰامِ دِيناً فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ» «۴».

و عموم قوله عليه السّلام: «من بدّل دينه فاقتلوه» «۵» و لأنّ دينهم لنسخة لم يبق له حرمة.

و لم يثبت لأولادهم أيضا حرمة و إن نشأوا على دين أهل

---

(۱) كذا، و الظاهر: المعهودين.

(۲) المجموع: ج ۱۶ ص ۲۳۵.

(۳) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۹۷.

(۴) آل عمران: ۸۵.

(۵) عوالى اللآلى: ج ۲ ص ۲۳۹ ح ۵.

الكتـاب و لم يقرّوا عليه فـإنّهم إنّمـا يحترمون لاحترام آبائهم، و كـذا أولاد الوثنيين إذا نشأوا على اليهوديـة أو النصـرانية فإنّه فى حكم الانتقال.

و إن كـان الانتقال قبله أى المبعث و قبل التبـديل أى تبـديل أهل الكتاب دينهم و تحريفه قبل اتفاقا و أقرّ أولادهم عليه، و يثبت لهم حرمة أهل الكتاب إن لم يبدّلوا أو يدخلوا فى دين من بدل، و إلّا فهو فى حكم الانتقال.

و هل التهوّد أى الانتقال إلى اليهودية بعد مبعث عيسى عليه السّـلام كهو بعد مبعث النبىّ صلّى اللّه عليه و آله إشكال من النسخ

الموجب لانتفاء الحرمة، و عموم:

«مَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلٰامِ دِيناً» و الاستصحاب إن انتقل من غير النصرانية. و من عموم ما دلّ على إقرار اليهود و انتفاء التفرقة عنه صلّى اللّه عليه و آله بين من تهوّد بعده أو قبله و أمره بالفحص عن ذلك، و هو الأقوى.

و إن كان الانتقال بينهما أى بين مبعث النبى صلّى اللّه عليه و آله و التبديل فإن انتقل إلى دين من بدل لم يقبل لأنّه ليس دين اليهوديّة أو النصرانية، و إنّما هو كسائر أديان الكفر، و الأصح القبول للعموم، و عدم الفحص، مع أنّ الأكثر منهم فى زمنه و زمن الأئمة صلوات اللّه عليهم إنّما كانوا فى الدين المبدّل منهم «۱» بل لم يكن لهم إلّا الدين المبدّل، فإنّ الإقرار بنبوة نبينا صلّى اللّه عليه و آله من دينهم، فإمّا أن يكونوا هم المبدّلين أو الداخلين فى دين المبدّل أو آبائهم، و لا فرق بين التقديرين، إذ لا احترام للأولاد إذا لم يحترم الآباء. و إلّا يكن الانتقال إلى دين المبدّل قبل بلا إشكال، إلّا فى اليهود بعد مبعث عيسى عليه السّلام.

و لو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده أو علم أنّ الانتقال بعده و أشكل هل دخلوا فى دين من بدل أو لا؟ فالأقرب إجراؤهم مجرى الكتابيين، لعموم الاسم لهم، و أصالة عدم التبديل، و الاحتياط فى الدماء، و لأنّهم

---

(۱) ليس فى ن.

لا يقصرون من أن يكونوا بحكم المجوس فإنّهم أهل الكتاب حقيقة، فهم أولى منهم.

و يحتمل العدم، لأنّ الإقرار مشروط بعدم التبديل و لم يعلم. و هو ممنوع، بل العلم به مانع منه، و على ما قلناه لا إشكال.

ب: من لهم شبهة كتاب و هم المجوس فإنّ نبيّهم كما سمعته فيما تقدّم أتاهم بكتاب فى اثنى عشر ألف جلد ثور فقتلوا نبيّهم و أحرقوا كتابهم «۱».

و فى خبر آخر: إنّهم بدّلوا الكتاب فأصبحوا و قد اسرى به و رفع عنهم «۲».

ج: من عدا هؤلاء كالذين لا يعتقدون شيئا من كتاب أو نبى أو إله أو تكليف و عبّاد الأوثان و عبّاد الشمس و عبّاد النيران و عبّاد الكواكب و غيرهم.

و أمّا الصنف الأوّل و هم أهل الكتاب حقيقة ففى تحريم نكاحهم أى نسائهم على المسلم خلاف تقدّم تفصيله أقربه تحريم النكاح المؤبّد يجوز فيه كسر الباء و فتحها دون المنقطع و ملك اليمين لما تقدّم، و لعموم «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ».

و كذا فى الصنف الثانى خلاف أقربه ذلك لما مرّ، و لصحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر عليه السّلام عن الرجل المسلم يتزوّج المجوسية؟ فقال: لا، و لكن إن كان له أمة مجوسيّة فلا بأس أن يطأها و يعزل عنها و لا يطلب ولدها «۳».

و أمّا الصنف الثالث فإنّه حرام على المسلم بالإجماع من المسلمين فى أصناف النكاح الثلاثة.

و لا خلاف فى أنّه لا تحلّ المسلمة على أحد من أصناف الكفّار

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۹۶ ب ۴۹ من أبواب جهاد العدو و ما يناسبه ح ۱.

(۲) لم نعثر على نصه، و عثرنا على مضمونه فى وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۷۶- ۲۷۷ ب ۳ من أبواب ما يحرم بالنسب ح ۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۱۸ ب ۶ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ۱.

الثلاثة لنصّ الكتاب «۱» و السنة «۲».

و إن سوّغنا العقد الدائم على الكتابية ثبت لها حقوق الزوجيّة كالمسلمة لعموم الأدلة إلّا الميراث لأنّ الكافر لا يرث المسلم و لكنّه يرثها كما سيأتى.

و القسمة فلها منها نصف ليالى المسلمة الحرّة كما سيأتى و الحدّ لها ففى قذفها التغرير لا الحدّ، و هو ليس من حقوق الزوجية، لكن قذف الزوج لما اختص باللعان الحق ما ترتّب عليه بحقوقها. و الحضانة، فالأب المسلم أولى بها من الأم الكافرة، و هى فى الحقيقة ليست من حقوق الزوجية، بل النسب.

و ماء الغسل إن أوجبناه على الزوج، إذ لا غسل لها إلّا ماء الغسل من الحيض أو الاستحاضة أو النفاس على ما قاله الشيخ «٣» و غيره من أنّه لا يجوز وطؤها ما لم تغتسل، و هو فى الحقيقة ليس من حقوقها للزوجية بل للوطء «۴».

و عقد أهل الذمة إن كان صحيحا عندهم أقرّوا عليه و ترتّبت عليه أحكام الصحيح إذا تحاكموا إلينا أو أسلموا، فليس عليهم تجديده بعد الإسلام حتى لو طلّقها ثلاثا فتزوّجت بغيره فى الشرك و دخل بها حلّت له و إن أسلم، و يدلّ عليه مع الإجماع كما فى الخلاف «۵» الأخبار «۶» و إلّا فلا إلّا أن يكون صحيحا عندنا، و سيأتى.

و كذا أهل الحرب لذلك و نحو «وَ امْرَأَتُهُ حَمّٰالَةَ الْحَطَبِ» «٧» إلّا فى شيء واحد و هو أنّ الحربى إذا قهر امرأة من الحربيات و أسلم أقرّ عليها إن

---

(١) البقرة: ٢٢١.

(٢) انظر وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴١٠ ب ١ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ٢١٠.

(۴) العبارة فى «ن»: ليس من حقوقها بل من حقوقه.

(۵) انظر الخلاف: ج ۴ المسألة ١١٢ و ١١٣ و ١١۶.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴١۶ ب ۵ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه.

(٧) المسد: ۴.

كان يعتقد ذلك نكاحا فى نحلته، بخلاف ما إذا قهر ذمّية، فإنّه ليس نكاحا فى ملّتها، و علينا الذبّ عنها، و نفى الإقرار فى التذكرة مطلقا، قال: لقبح الغصب عقلا، فلا يسوغ فى ملة «١».

و لو قهر الذمّى ذمّية لم يقرّ عليها بعد الإسلام، لأنّ ذلك ليس نكاحا عندهم، و على الإمام الذبّ عنهم، و دفع من قهرهم من المسلمين، و كذا قبل الإسلام إذا رفعت أمرها إلينا. و كذا لو قهر الذمّى حربية لم يقرّ عليها بعد الإسلام، لما عرفت من أنّه ليس نكاحا و أقرّ قبله، إذ ليس علينا الذبّ عن أهل الحرب، و هذا الاستثناء منقطع أو متصل ممّا يفهم من الكلام، و هو تساوى الحربى و الكتابى، بل يمكن أن يكون المشار إليه بذا أهل الذمة، فالتساوى منطوق الكلام.

و لو نكح الكتابى و ثنية و بالعكس على وجه يصحّ عندهما لم يفسخ النكاح إلّا إذا أسلم الكتابى عن وثنية، لتحقق الكفاءة و الصحة عند المتناكحين، و لأنّه صلّى اللّه عليه و آله لم يستفصل غيلان حين أسلم على عشر، فقال له: أمسك أربعا و فارق سائرهن «٢».

و الأقرب إلحاق الولد بأشرفهما كالمسلمين بكسر الميم أى كما يلحق بهم الأولاد إذا كان أحد الأبوين منهم، و يجوز الفتح، أى كالأبوين المسلمين أى بالتفريق، و ذلك لثبوت الشرف للكتابى، و لذا يقرّ و يحترم، و قد تقرر تبعية الولد لأشرف الأبوين، و لا

يعتبر هنا وجود الشرف فى المفضول، و لو اعتبر فللإنسان شرف بذاته. و يحتمل العدم بناء على أنّ بلد الكفر لا تفاضل فيها، و لذا يقال: إن الكفر ملّة واحدة و ضعفه ظاهر.

ثمّ استطرد و ذكر التحاكم هنا جريا على العادة، فقال: و إذا تحاكم أهل الذمة إلينا فى النكاح أو غيره تخيّر الإمام و نائبه بين الحكم بينهم و بين ردّهم إلى أهل ملّتهم إن اتفق الغريمان فى الدين لقوله تعالى:

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٥٠ س ٨.

(٢) المستدرك على الصحيحين: ج ٢ ص ١٩٣.

«فَإِنْ جٰاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ» «١» و حكى الإجماع عليه فى الخلاف «٢» و قيل: بل يجب الحكم لنفسخ الآية بقوله تعالى «وَ أَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ» «٣» و لوجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و وجوب رفع الظلم عنهم، و هو ضعيف، لعدم التعارض بين الآيتين ليقال بالنسخ، فإنّ الواجب تخييرا واجب أيضا مع كونهما فى المائدة، و جواز أن يكون المقصود فى الثانية هو القيد و المعروف و المنكر اللذان يجب الأمر به أو النهى عنه غير ما يقرّون عليه، و رفع الظلم يتحقق بالردّ، فإنّهم يعتقدون ما يحكم به حكّامهم حقّا.

و كذا يتخيّر بينهما إن اختلفا فى الدين على إشكال من عموم الآية، و هو مختار المبسوط و نسبه إلينا «٤» و من أنّ الردّ إنّما يكون إلى حاكم إحدى الملّتين، و هو إلزام للمخالف بما ليس لنا الإلزام عليه، فإنّ الواجب إمّا إلزامهم بأحكام الإسلام أو بما يلتزمونه فى دينهم، و هذا مخالف لهما، و اختاره فخر الإسلام. «٥»

فإن قلنا بالردّ احتمل الردّ إلى من يختاره المدعى لأنّ تعيين الحاكم حقّ له أو الحاكم فإن إليه الاختيار فى الردّ و لأنهما لما رضيا بحكمه فقد رضيا بمن رضى به لهما أو الناسخ أى من يتديّن بالدين الناسخ لدين الآخر كالنصرانى بالنسبة إلى اليهودى لموافقة رأيه رأى الحاكم فى بطلان المنسوخ.

و المراد بالنسخ نسخ الحكم فيما وقع فيه النزاع لا مطلقا، فإنّه ربما وافق الحكم فى المنسوخ رأى الحاكم دونه فى الناسخ. أو نسخ الدين جملة و إن لم يعلم حال الحكم فى المتنازع فيه، بل و إن كان فى المنسوخ موافقا لرأى الحاكم.

و لو تحاكم إلينا الحربيان المستأمنان فكذلك لنا الخيار فى

---

(١) المائدة: ٤٢.

(٢) الخلاف: ج ٤ ص ٣٣٦ المسألة ١١٦.

(٣) المائدة: ٤٩.

(٤) المبسوط: ج ٤ ص ٢٤٠.

(٥) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٩٩.

الحكم و الإعراض بطريق الأولى، لأنّهم لم يلتزموا الأحكام، و لا التزمنا دفع بعضهم عن بعض. و فى المبسوط: لعموم الآية و الأخبار «١». و فى عموم الآية نظر، و كذا لا إشكال إن اختلفا فى الدين.

و لو ارتفع إلينا مسلم و ذمّى أو مسلم و مستأمن، وجب الحكم بينهما لأنّه يجب علينا رفع الظلم عن المسلم و رفع ظلمه، و لا

يمكن تنزيله على حكم الكفار. و لو ارتفع ذمّى و مستأمن، فكما لو ارتفع ذمّيان.

و كلّ موضع يجب فيه على الإمام الحكم إذا استعدى الخصم أى اشتكى أحد الخصمين صاحبه، و استنصر عليه الإمام أعداه أى أزال عدواه أى شكواه وجوبا، بأن أحضر خصمه و فصل الحكم بينهما.

و إذا أرادوا ابتداء العقد عندنا لم يزوّجهم الحاكم إلّا بشروط النكاح بين المسلمين لأنّه لا حاجة بنا إلى خلافه، و إنّما عفونا عمّا كان فى الشرك من عقودهم لئلا يتنفّروا عن الإسلام، و هذا لا يوجد هنا.

فلا يصحّ على خمر أو خنزير أو بشرط خيار إلى غير ذلك. و إن تزوّجا عليه أى خمر أو خنزير ثمّ ترافعا إلى الإمام فإن كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه لفساده عندنا و أوجب مهر المثل كما فى المبسوط «٢» لأنّه الواجب إذا فسد المسمّى.

و يحتمل قويّا إيجاب قيمته عند مستحلّيه لأنّه لم يكن فاسدا عندهم، و لذا لو قبضت صحّ و لم يوجب عليه مهرا آخر، و إنّما عرض ما يمنع من التسليم، فهو كعين جعلت مهرا فامتنع تسليمها. و لأنّ مهر المثل ربّما زاد و الزوجة معترفة بعدم استحقاق الزائد، أو نقص و الزوج معترف باستحقاقها الزائد.

و إن كان الترافع بعده أى القبض برئ الزوج، و إن كان بعد قبض بعضه سقط عنه بقدر المقبوض، و وجب بنسبة الباقى إلى المجموع من مهر المثل أو القيمة، فإن كان المهر عشرة أزقاق خمر

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۰.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٢٢٥

و قد قبضت خمسة فإن تساوت الأزقاق قيمة عند مستحلّيها برئ من النصف قطعا، فإنّه النصف عددا و قيمة جميعا. و إن اختلفت قيمة احتمل اعتبار العدد، إذ لا قيمة لها فيكون قد قبضت النصف أيضا، تساوت الأزقاق صغرا أو كبرا أم اختلفت و احتمل اعتبار الكيل أو الوزن فإنّها ليست من المعدودات، فإنّما يتحقق قبض النصف إذا اتحد الزق أو تساوت الأزقاق فى السعة و الامتلاء. أو عيّنا الكيل فى العقد فقبضت نصف ما عيّن.

و الأقرب خصوصا على ما اختاره آنفا اعتبار القيمة عند مستحلّيه قال فى المبسوط «١»: إنّه الذى يقتضيه مذهبنا.

و طلاق المشرك واقع كتابيا أو غيره كنكاحه لعموم الأدلة فلو طلّقها ثلاثا ثمّ أسلما لم تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره و إن طلّقها تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان حرمت عليه مؤبّدا إلى غير ذلك.

و إذا تحاكموا إلينا فى النكاح، أقرّ كلّ نكاح لو أسلموا أقرّوهم عليه الإمام، و هو ما كان صحيحا عندهم.

و لو طلّق المسلم زوجته الذمّية المستدامة بعد إسلامه ثلاثا ثمّ تزوّجت ذمّيا أو حربيّا بنكاح صحيح عندهما ثم طلّقها بعد الدخول حلّت للأوّل بناء على ما تقدّم من صحّة نكاحهم و طلاقهم، إمّا متعة كما اختاره أ و دواما على رأى أ و لا تحلّ مطلقا إلّا بشرط الإسلام أى إسلامها على رأى آخر، و قد تقدّمت الآراء و مأخذها.

[المطلب الثانى فى الانتقال]

اشارة

المطلب الثانى فى الانتقال من دين إلى دين إذا أسلم زوج الكتابية دونها بقى على نكاحه الصحيح قبل الدخول و بعده، دائما أو

منقطعا، سواء كان كتابيا أو وثنيا بلا خلاف بين المجوّزين لنكاح الكتابيّة و المانعين، فإنّ الاستدامة أضعف من الابتداء.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۲۲۶

و فى المجوسية قولان للشيخ، ففى الخلاف «۱» و المبسوط «۲» جعلها كالوثنية، لخبر منصور بن حازم سأل الصادق عليه السّلام عن رجل مجوسى كانت تحته امرأة على دينه فأسلم أو أسلمت، قال: ينتظر بذلك انقضاء عدّتها، و إن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضى عدّتها فهما على نكاحهما الأوّل، و إن هو لم يسلم حتى تنقضى العدّة فقد بانت منه «۳» و نحوه خبر آخر له عنه عليه السّلام «۴».

و جعلها فى النهاية كالكتابية «۵» لحسن ابن أبى عمير، عن بعض أصحابه، عن محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام قال: إنّ أهل الكتاب و جميع من له ذمّة إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما «۶».

و يمكن حمل الأولين على من لم يكن له ذمّة، بل يكون فى دار الحرب كما فعله الشيخ فى كتابى الأخبار «۷».

و أن يختص البينونة بما إذا أسلمت دونه فإنّه الذى نصّ عليه أخيرا، و لا ينافيه التعميم أوّلا.

و إن أسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح لحرمة تزوّج المسلمة بالكافر مطلقا، و فى صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السّلام: إذا أسلمت امرأة و زوجها على غير الإسلام فرّق بينهما «۸».

و لا مهر لها، لأنّ الفسخ من قبلها، و فى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى الحسن عليه السّلام فى نصرانى تزوّج نصرانيّة، فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال:

قد انقطعت عصمتها منه، و لا مهر لها، و لا عدّة عليها منه «۹».

---

(١) الخلاف: ج ۴ ص ۳۲۵ المسألة ۱۰۵.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ۲۲۰.

(٣) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۲۱ ب ۹ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ۳.

(۴) المصدر السابق: ذيل الحديث ۳.

(۵) النهاية: ج ۲ ص ۲۹۹.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۲۱ ب ۹ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ۵.

(۷) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۰۱ ذيل الحديث ۱۲۵۵، الاستبصار: ج ۳ ص ۱۸۲ ذيل الحديث ۶۶۰.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۲۱ ب ۹ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ۴.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۲۲ ب ۹ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ۶.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۲۲۷

و لو أسلما دفعة بأن تقارن آخر الشهادتين منهما، و لبعض العامة قول بتحقق المعية بالتقارن فى المجلس «۱» فلا فسخ، و إن أسلمت دونه بعده أى الدخول يقف النكاح على انقضاء العدّة إن كان كتابيا، فإن مضت و لم يسلم فسد العقد على رأى الأكثر و منهم الشيخ فى الخلاف «۲» و المبسوط «۳» لعموم قوله تعالى «وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا «۴» و للأخبار كما تقدّم، و صحيح البزنطى سأل الرضا عليه السّلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم، هل يحلّ لها أن تقيم معه؟ قال: إذا

أسلمت لم تحلّ له. قلت: جعلت فداک فإنّ الزوج أسلم بعد ذلک أ یکونان علی النکاح؟ قال: لا بتزویج جدید «۵».
و ذهب الشیخ فی النهایة «۶» و کتابی الأخبار «۷» إلی بقاء النکاح إن أقام علی شرائط الذمة، و لکن لا یمکن من الدخول علیها لیلا و لا من الخلوة بها، لمرسل جمیل بن دراج عن أحدهما علیهما السّلام قال فی الیهودی و النصرانی و المجوسی إذا أسلمت امرأته و لم یسلم، قال: هما علی نکاحهما، و لا یفرّق بینهما، و لا یترک، یخرج بها من دار الإسلام إلی الهجرة «۸». و خبر محمّد بن مسلم عن الباقر علیه السّلام قال:
إنّ أهل الکتاب و جمیع من له ذمة إذا أسلم أحد الزوجین فهما علی نکاحهما، و لیس له أن یخرجها من دار الإسلام إلی غیرها، و لا یبیت معها، و لکنه یأتیها بالنهار، و أمّا المشرکون مثل مشرکی العرب و غیرهم، فهم علی نکاحهم إلی انقضاء العدّة، فإن أسلمت المرأة ثمّ أسلم الرجل قبل انقضاء عدّتها فهی امرأته، و إن لم یسلم إلّا بعد انقضاء العدّة فقد بانت منه و لا سبیل له علیها، و کذلک جمیع من لا ذمّة له «۹».

---

(۱) المغنی لابن قدامة: ج ۷ ص ۵۳۴.
(۲) الخلاف: ج ۴ ص ۳۲۵ المسألة ۱۰۵.
(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۲۱۲.
(۴) النساء: ۱۴۱.
(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۴۱۷ ب ۵ من أبواب ما یحرم بالکفر و نحوه ح ۵.
(۶) النهایة: ج ۲ ص ۳۰۰.
(۷) تهذیب الأحکام: ج ۷ ص ۳۰۰ ذیل الحدیث ۱۲۵۳، الاستبصار: ج ۳ ص ۱۸۳ ذیل الحدیث ۶۶۲.
(۸) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۴۲۰ ب ۹ من أبواب ما یحرم بالکفر و نحوه ح ۱.
(۹) الاستبصار: ج ۳ ص ۱۸۳ ح ۶۶۳.

و الجواب: أنّهما مرسلان و إن کان المرسل فی الثانی ابن أبی عمیر و فی سند الأوّل علی بن حدید، مع المعارضة بما عرفت، ثمّ إن عمل بهما ینبغی عدم الفرق بین الدخول و عدمه، و عبارتا النهایة «۱» و المبسوط «۲» أیضا مطلقتان، و کلام المصنف یدل علی أنّ الخلاف فیما بعد الدخول. و فی المقنع أقر زوجیّة النصرانی دون المجوسی «۳» و لم یتعرض للیهودی.
و علیه المهر للدخول إمّا المسمّی عینا أو قیمة إن سمّی أو مهر المثل إن لم یسمّ، أو سمّی مهر فاسد و قلنا بمهر المثل حینئذ. و عن طلحة بن زید سأل الصادق علیه السّلام رجل عن رجلین من أهل الذمة أو من أهل الحرب یتزوّج کلّ واحد منهما امرأة و أمهرها خمرا و خنازیر ثمّ أسلما، فقال: النکاح جائز حلال لا یحرم من قبل الخمر و لا من قبل الخنازیر، قلت: فإن أسلما قبل أن یدفع إلیها الخمر، فقال: إذا أسلما حرم علیه أن یدفع إلیها شیئا من ذلک، و لکن یعطیها صداقا «۴».
و قیل بسقوط المهر حینئذ، لأنّها رضیت بالفاسد، و هو غیر مستحق علی المسلم. و عن رومی بن زرارة قال للصادق علیه السّلام:
النصرانی یتزوّج النصرانیة علی ثلاثین دنّا خمرا و ثلاثین خنزیرا، ثمّ أسلما بعد ذلک و لم یکن دخل بها، قال:
ینظرکم قیمة الخنزیر و کم قیمة الخمر فیرسل به إلیها ثمّ یدخل علیها، و هما علی نکاحهما الأوّل «۵». و یمکن الفرق بین الدخول و عدمه.
و إن أسلم الزوج فیها أی العدّة فالنکاح بحاله قولا واحدا، للأخبار «۶». و لبقاء العلاقة الزوجیة مع وقوعها صحیحة.

(١) النهاية: ج ٢ ص ٣٠٠.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢١٢.

(٣) المقنع: ص ١٠۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴ ب ٣ من أبواب المهور ح ١، مع اختلاف فى بعض الألفاظ و ما أورده أوفق بمتن الكافى.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴ ب ٣ من أبواب المهور ح ٢.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٢١ ب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه.

و أمّا غير الكتابيين سواء كانا جميعا غير كتابيين أو أحدهما- إلّا ما تقدّم حكمه من كون الزوجة كتابية و أسلم الزوج، أو الزوج كتابيّا و أسلمت- فأيّهما أسلم قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال، و إن أسلما دفعة فالنكاح بحاله، و إن كان بعده وقف على انقضاء العدة، فإن أسلم صاحبه فالنكاح بحاله، و إلّا بطل قولا واحدا، فهذا هو الفرق بين الكتابى و غيره فقد وقع الخلاف فى الكتابى دون غيره للكتاب و السنة من غير معارض.

و إذا كان الزوجان مسلمين و ارتد أحد الزوجين فإن كان قبل الدخول فسد العقد فى الحال باتفاق من عدا داود «١» و لا مهر إن كان الارتداد من المرأة لأنّ الفسخ من قبلها و إلّا يكن منها بل منه فالنصف من المسمى إن صحّ، و إلّا فمن قيمته أو مهر المثل.

و يحتمل فسخ الجميع قويا، لأنّ المصنّف «٢» هو الطلاق، و خصوصا إن كان الارتداد عن فطرة فإنّه بمنزلة الموت، و سيأتى أنّه يوجب تقرّر المهر جميعا.

و إن كان بعده يقف النكاح على انقضاء العدّة خلافا لبعض العامة حيث فسخ به النكاح فى الحال «٣».

و يثبت المهر المسمى إن سمّى، و إلّا فمهر المثل من أيّهما كان الارتداد للدخول إلّا أن يكون الارتداد من الزوج عن فطرة، فإنّ النكاح لا يقف، بل يبطل فى الحال و إن كان قد دخل لأنّه لا يقبل توبته و يجب المهر و التصريح به لدفع و هم الاستثناء من جملة ما تقدّم.

و لو انتقلت الذمية إلى ما لا يقرّ أهله عليه من الأديان و هى غير الثلاثة فإن كان قبل الدخول فسد النكاح إن كان زوجها مسلما أو كافرا و لم يصحّ عنده نكاحها.

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٧ ص ۵۶۴.

(٢) فى «ن» زيادة: إنّما.

(٣) المجموع: ج ١۶ ص ٣١۶.

و إن كان بعده يقف على الانقضاء فإن خرجت العدّة و كان الزوج ذميّا لا يرى نكاح الوثنية صحيحا و لم يسلم الزوجان فسد العقد و كذا إن كان الزوج مسلما و لم تسلم الزوجة.

و إن رجعت فإن لم يقبل منها لم يفد و إن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقيا إن رجعت فى العدة و أطلق فى التحرير فساد العقد فى الحال إذا انتقلت الذمية زوجة الذمى إلى غير دينها من ملل الكفر بناء على أنّه لا يقبل منها إلّا الإسلام حتى الرجوع إلى دينها «١». و لعلّ المراد ما إذا لم يكن نكاحها صحيحا فى دين الزوج. ثمّ إنّ المراد هنا الحكم بالفساد لا وجوب التفريق ليقال:

لا يجب علينا الذبّ عن غير أهل الذمة.

و لو انتقلت إلى ما يقرّ أهله عليه كاليهودية إذا تنصّرت فكذلك يفسد فى الحال قبل الدخول و بعده على التفصيل إن لم نقرّها عليه و إلّا كان النكاح باقيا إلّا إذا كان الزوج ممّن لا يرى صحّة نكاحها.

و لو انتقلت الوثنية بعد أن كانت كتابيّة إلى الكتابيّة و أسلم الزوج بعد ذلك فإن قبلنا منها غير الإسلام و هو هنا الرجوع إلى الكتابيّة فالنكاح باق إلّا قبل الدخول أو بعد انقضاء العدّة إذا كان الزوج وثنيا، و لم يكن النكاح صحيحا فى دينها. و إلّا يقبل منها وقف النكاح على الانقضاء إن كان الإسلام بعد الدخول، و إن كان قبله يبطل و بالتقييد بقولنا: «بعد أن كانت كتابيّة» يندفع التنافى بين هذا الكلام و ما تقدّم من عدم قبول الانتقال إلى الكتابيّة بعد مبعثه صلّى اللّه عليه و آله من غير حاجة إلى القول بوقوع الخلاف فى ذلك، مع أنّ الظاهر الوفاق، و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا «٢» و هو يؤذن بالإجماع.

و ليس للمسلم إجبار زوجته الذميّة على الغسل من حيض أو جنابة

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٢١ س ٣١.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ١ ص ٤٣٨ س ٢٦.

لأنّه من حقوق اللّه التى أسقطت الذمة الإجبار عليها، مع أنّه لا يصحّ منها، و لا تعلّق له بماله عليها من الحق.

و إن حرّمنا الوطء للحائض قبله أى الغسل أوجبناه عليها و كان له إجبارها على إيقاع صورته، لتوقّف استيفاء حقّه منها عليه. و أمّا إجبارها على الغسل من الجنابة فليس له، لعدم التوقّف عليه. و للعامة قول بالإجبار «١» لأنّ النفس تعاف الاستمتاع بمن كانت جنبا.

قال فى المبسوط: كلّ ما منع الاستمتاع بها فعليها إزالة المانع، قولا واحدا، و كلّ ما يمنع كمال الاستمتاع فعلى قولين، أقواهما إنّه لا يجب عليها، لأنّ الأصل براءة الذمّة «٢».

و له إلزامها بإزالة المنفر كالنتن و شعر العانة و طول الأظفار لأنه من حقّه.

و فى المبسوط: أنّه إن منع الاستمتاع فله إجبارها على إزالته، و إن لم يمنع غير أنّه يعاف فعلى قولين، لأنّ العشرة الأشياء التى هى الحنيفيّة مسنونة بلا خلاف «٣».

و له منعها من الخروج إلى الكنائس و البيع كما له منع المسلمة من الخروج إلى المساجد و بيوت الأقرباء و غيرها احترازا عن الفتنة، و لأنّه ينافى الاستمتاع.

و له منعها من شرب الخمر و أكل الخنزير للنفرة، و لقول الصادق عليه السّلام فى صحيح معاوية بن وهب: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير «۴». و هو بإطلاقه يشمل القليل و الكثير.

و فى المبسوط: أنّ قدر ما يسكرها، له منعها، و القدر الذى لا يسكر قيل فيه

---

(١) الحاوى الكبير: ج ٩ ص ٢٢٧.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢١١.

(٣) المصدر السابق.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴١٢ ب ٢ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ح ١.

قولان و أكل لحم الخنزير قيل فيه قولان، أقواهما «١» أنّه ليس له ذلك «٢» «٣».
و له منعها من استعمال النجاسات التى يستقذرها الزوج فينقص من استمتاعه و من أكل الثوم و البصل و الكراث، و شبهه ممّا ينقص الاستمتاع لكراهة رائحته و إن كانت مسلمة و قوّى فى المبسوط: إنّه ليس له ذلك «۴».

[فروع]

اشارة

فروع سبعة:

[الفرع الأول]

الأوّل: لو أسلما معا أو على التعاقب فى العدّة فيما تعتبر فيه ثبت النكاح، و لا يجب أن يبحث الحاكم عن كيفية وقوعه فإنّ الأصل الصحة و البراءة من الفحص، و لأنّ كثيرا من الكفّار أسلموا على عهده مع أزواجهم فأقرّهم على أنكحتهم من غير استفصال. بل يقرّرهما عليه ما لم يعلم أنّه يتضّمن عليه محرّما، كما لو كانت تحته إحدى المحرّمات عليه مؤبّدا أو جمعا كما أنّ فيروز الديلمى أسلم عن أختين، فقال له النبىّ صلّى اللّه عليه و آله:
اختر أحدهما «۵».

[الفرع الثانى]

الثانى: لا نقرّهم «۶» إذا أسلموا أو ترافعوا إلينا و كان علينا الذبّ عنهم على ما هو فاسد عندهم من النكاح إلّا أن يكون صحيحا عندنا أمّا إذا لم يسلموا فلأنّه ليس لنا الحكم عليهم بما يخالف شرعنا، و أمّا بعد الإسلام فلأنّه عقد مطابق للصحيح فى نفس الأمر و إن لم يعتقدوا صحته، و هو أولى بالإقرار من الفاسد الذى يعتقدونه صحيحا.
و نقرّهم على ما هو صحيح عندهم و إن كان فاسدا عندنا أمّا إذا لم يسلموا فمطلقا، و أمّا بعد الإسلام فيشترط «٧» أن لا يبقى المفسد كما لو اعتقدوا

---

(١) فى المبسوط: أقربهما.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢١١.

(٣) فى النسختين: «أى زوجة كانت مسلمة كانت أو مشركة» و هى إدامة كلام المبسوط لا ترتبط بالمقام.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ٢١١.

(۵) سنن البيهقى: ج ٧ ص ١٨۴.

(۶) فى المطبوع: لا يقرهم.

(٧) فى «ن»: فبشرط.

إباحة العقد المؤقت من دون المهر أو اعتقدوا إباحة العقد فى العدّة فعقدا و أسلما بعد انقضائها، أو جواز شرط الخيار مدة فأسلما بعد انقضاءها، بخلاف ما إذا أسلما فى العدّة أو مدة الخيار باقية، و سيأتى جميع ذلك عن قريب.
و بالجملة فإنّما يقرّ بعد الإسلام إذا صحّ ابتداء النكاح، و لا يصحّ فى العدّة و لا فى مدة الخيار من حيث انّها مدة الخيار، و يستثنى أيضا ما إذا غصبها و اعتقد أنه نكاح، و يأتى الآن.

[الفرع الثالث]

الثالث: لا فرق بين الذمى و الحربى فى ذلك أى الإقرار و عدمه بالصحة و الفساد على ما فصّل بعد الإسلام و كذا قبله إن ترافعوا إلينا و كان علينا الذبّ، و يعتبر فى الإقرار الصحة عندنا، أو فى ملتى الزوجين جميعا إن اختلفا، أو فى ملّة من نذبّ عنه.
و لو اعتقدوا غصبية المرأة و الأولى غصب المرة ليتعيّن للمصدريّة نكاحا و لم يجدّدوا بعده عقدا صحيحا عندهم أقرّوا عليه على إشكال بعد الإسلام و قبله إذا ترافعوا إلينا.
و منشأ الإشكال بعد الإسلام من الصحة عندهم، و أنّ غايته إقامة الفعل مقام القول، فيكون كسائر وجوه الفساد. و من أن الغصب قبيح عقلا ابتداء و استدامة.
و قبله من الصحة عندهم. و من كونه ظلما قبيحا لا يسوغ فى ملّة من الملل فيقبح الإقرار عليه، و يجب علينا رفعه عن الذمّية لوجوب الذبّ عنهم. و الأوّل أصح، لأنّ المفروض اعتقاد الزوجين صحة النكاح بذلك، و أنّه كذلك فى نحلتهما، فلا يضرّ قبحه عقلا، و عدم صحته فى ملّة من الملل.
و فى التذكرة: إنّ هذا فى حقّ أهل الحرب، و أمّا أهل الذمة فلا يقرّون عليه، لوجوب دفع قهر بعضهم بعضا «۱» خصوصا مع الترافع إلينا، و هو مبنيّ على أنّه ليس الغصب عندهم نكاحا صحيحا، فإن فرض ذهابهم إليه أقروا عليه قبل الإسلام، إذ لا ظلم عليها فى دينها ليجب الذبّ عنها.

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۵۰ س ۹.

[الفرع الرابع]

الرابع: لو شرطا الخيار فى الفسخ مطلقا لهما أو لأحدهما و اعتقدا صحة النكاح معه لم يقرّا عليه بعد الإسلام، لأنّهما لا يعتقدان لزومه حالة الكفر و قد أسلما حين لا يعتقدان لزومه، و ليس علينا أن نثبت إلّا ما أثبتوه، و لما عرفت من بقاء المفسد بعد الإسلام.
و إن قيّداه أى الخيار بمدة فإن أسلما قبل انقضائه أى الخيار أى مدّته لم يقرّا عليه لما ذكر و إن كان الإسلام بعده اقرّا عليه لا للّزوم و انتفاء المفسد، مع وقوعه صحيحا عندهما.

[الفرع الخامس]

الخامس: لو تزوّجها فى العدّة من غيره ثمّ أسلما، فإن كان الإسلام بعد الانقضاء اقرّا عليه لوقوعه صحيحا و ارتفاع المانع و إلّا تكن انقضت فلا يقرّان عليه لأنّ نكاح المعتدة لا يجوز ابتداؤه حال الإسلام. أمّا إن كان الإسلام بعد الانقضاء فيقرّان عليه فإنّهما يعتقدان صحّة هذا النكاح، و يجوز ابتداء مثله و هو نكاح المعتدة فى الإسلام على هذه الحال أى بعد انقضاء العدّة و لا اعتبار

بالمتقدّم فإنّه معفو عنه و يشكل مع الدخول فى العدّة فإنّه يوجب التحريم المؤبّد.

أمّا لو تزوّج حليلة أبيه أو ابنه أو المطلقة ثلاثا فإنّهما لا يقرّان عليه بعد الإسلام للتحريم مؤبّدا، و إنّما خصّها بالذكر هنا لمناسبة النكاح فى العدة لئلّا يتوهّم الإقرار من قوله تعالى «إِلّا ما قَدْ سَلَفَ» «۱» كما توهّمه بعض العامة «۲» و للتنصيص مرّة أخرى على صحة نكاح الكفّار و طلاقهم، و دفع توهّم صحة نكاح الحليلتين بناء على أنّه إمّا أن يكون نكاح الكفار صحيحا، إذا صحّ عندهم أو لا، فعلى الأوّل يصحّ نكاحهما، و على الثانى لا تكونان حليلتين للأب أو الابن إذا كانا كافرين، فلا تحرمان عليه.

[الفرع السادس]

السادس: لو أسلم على وثنية بعد الدخول ثمّ ارتدّ فانقضت العدّة

---

(۱) النساء: ۲۲.

(۲) مغنى المحتاج: ج ۳ ص ۱۹۳.

من حين إسلامه على كفرها أى انقضت و لم تسلم تبيّنا الفسخ من حين الإسلام، و إن أسلمت فى العدة تبيّنا عدم الفسخ بالإسلام، و لكنه انفسخ بارتداده، فلا بد أن يضرب لها عدّة من حين الارتداد، فإن عاد فيها إلى الإسلام فهو أحقّ بها، و إلّا تبيّنا أنّها بانت من حين ردّته، و ليس له العود إليها بذلك العقد حال ردّته.

أمّا إن كانت مسلمة فظاهر و أمّا إن كانت كافرة فلفساد النكاح بين المرتد و الكافر كفساده بينه و بين المسلم، لأنّ علقة الإسلام باقية فيه، و لذلك لا يقرّ عليه، بل يقتل إن كان فطريا و كان رجلا، و يستتاب إن كان ملّيا، فإن لم يتب قتل إن كان رجلا، و إن كان امرأة حبست و ضربت و ضيّق عليها فى المأكل و المشرب.

و كذا لو أسلم ثمّ ارتدّ ثمّ أسلمت ثمّ ارتدت لم يكن له استصحاب العقد و إن كانت فى العدة و اتفقت الملّة التى ارتدّ إليها.

[الفرع السابع]

السابع: لو طلّق كلّ واحدة من الأختين ثلاثا ثلاثا جمعهما فى نكاح أم لا ثمّ أسلموا حرمتا إلّا بالمحلّل لما عرفت من صحة طلاقهم و أنكحتهم الصحيحة عندهم، و أنهما لا يقرّان مع الحرمة المؤبّدة، و قوله: «ثلاثا ثلاثا» مفعول لمقدر، أى و طلّقهما ثلاثا ثلاثا، و إلّا لم يتجه التكرير، فإنّه لم يطلّق كلّا منهما إلّا ثلاثا، و لو فرضنا أنّه طلّق كلّا أكثر من ثلاث لم يتوقّف عليه الحكم، و افتقر إلى المحلّل لمجرد الثلاث. و على أحد أقوال العامة لا حاجة إلى المحلل مطلقا «۱» و على قول آخر لهم «۲» يحتاج إليه من اختارها خاصّة «۳».

[المطلب الثالث فى الزيادة على العدد]

المطلب الثالث فى حكم الزيادة على العدد الشرعى إذا أسلم الحرّ على أكثر من أربع من الكتابيات بعقد الدوام اختار منهن أربع حرائر، أو حرّتين و أمتين أو ثلاث حرائر و أمة إن جاز نكاح

---

(۱) الحاوى الكبير: ج ۹ ص ۳۳۴.

(٢) مختصر المزنى: ص ١٧٣.

(٣) فى هامش: «ن»: لكون الاختيار كاشفا عن صحّة النكاح (منه رحمه اللّه).

الأمة مع الحرّة و جاز نكاح أمتين، و هنا أولى بالجواز، لأنّه مستديم لا مستأنف.

و يظهر الوفاق منّا على جواز الاستدامة من المبسوط «١» و التذكرة «٢» لكن اختيار الأمة يتوقّف على إذن الحرّة كما سيأتى.

و العبد يختار حرّتين، أو أربع إماء، أو حرّة و أمتين، و اندفع نكاح البواقى، سواء ترتّب عقدهنّ أو لا اتحد أو تعدد، لعموم أدلة الاختيار، و للعامة قول بأنّه إن اتحد العقد عليهن انفسخ نكاح الجميع «٣». و سواء اختار الأوائل أو الأواخر لذلك، و لهم قول باندفاع نكاح الأواخر «۴». و سواء دخل بهن أو لا. و لا يشترط إسلامهن، و لو أسلمن لا ينتظر العدّة ليجب وقوعه فيها، بخلاف الوثنيات، فإنّهن يبن مع عدم الدخول، و معه يشترط إسلامهن فى العدّة كما سيأتى.

و لو أسلم معه أى قبل الاختيار أربع من ثمان فالأقرب و فى بعض النسخ فالأقوى أنّ له اختيار الكتابيات فإنّ الإسلام لا يحرّمهن عليه، و لا يوجب النكاح المسلمات. و يحتمل الخلاف بشرف الإسلام و ترجيحه لهن، و ضعفه ظاهر.

و ليس للمرأة إذا تزوّجت فى الكفر بزوجين اختيار أحد الزوجين إذا أسلموا بل يبطلان مع الاقتران، و يبطل الثانى خاصة مع الترتيب و إن اشتبه، فكما سبق من البطلان أو القرعة أو غيرهما.

و للشافعية وجه فيما إذا اعتقدوا صحّة العقد على زوجين أنّها تجبر على اختيار أحدهما كما لو أسلم على أختين «۵».

و لا مهر للزائد على العدد إن لم يدخل فإن دخل فمهر المثل إن قلنا بعدم الصحة للعقد على الزائد من أصله، و أنّ الاختيار لمن عداها كاشف

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٢٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶۵٣ س ٣٣.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٧ ص ۵۴٠.

(۴) الحاوى الكبير: ج ٩ ص ٢٩۴.

(۵) راجع المغنى المحتاج: ج ٣ ص ١٩۶.

عن ذلك، و أنّ الصحة معناها الصحة بشرط الإسلام، و الاختيار إن زدن على العدد.

و أمّا إن قلنا بصحته على الكلّ بناء على صحة أنكحتهم، و أنّ الاختيار هو المبطل له عن غير المختارات، فينبغى أن يثبت المسمّى للزائد بالدخول، و نصفه أو كلّه مع عدم الدخول.

و لو أسلم عن امرأة و بنتها بعد الدخول بهما أو بالأمّ حرمتا مؤبّدا و قبله تحرم الأم خاصّة، و لا حاجة إلى اختيار للبنت بل هى زوجته، أو لا اختيار فى الصورتين، لعدم جوازه فى الاولى، و عدم الافتقار إليه فى الثانية.

و خالف الشيخ فخيّره إذا لم يدخل بواحدة منهما «١» بناء على أنّ صحة النكاح موقوفة على الاختيار، و لذا يتخيّر لو أسلم على أختين، و لو صحّ لكان نكاحهما باطلا. و لا يثبت مهر لغير المدخول بها و لا متعة و لا نفقة حيث يختار فراقها، و حينئذ إذا دخل بإحداهما فإنّما تحرم عليه الأخرى و لو أسلم عن أمة و بنتها مملوكتين له تخيّر أيّتهما شاء للوطء إن لم يطأ إحداهما و إلّا حلّت الموطوءة خاصّة، و لو كان قد وطأهما حرمتا لأنّ وطأهما بمنزلة الوطء فى النكاح، أو لأنّ الوطء بالشبهة يحرّم أمّ الموطوءة

السابقة، و إن لم نقل به لم تحرم إلّا اللاحقة.

و لو أسلم عن أختين زوجتين أو مملوكتين تخيّر أيّتهما شاء و إن وطأهما لأنّه لا يحرم عليه إلّا الجمع بينهما.

و كذا لو أسلم عن العمة و الخالة مع بنت الأخ أو الأخت زوجات له إذا اختارتا عدم الجمع أو عن الحرة و الأمة زوجتين و اختارت الحرّة عدم الجمع، و إن اختار الجمع كان للعمة أو الخالة أو الحرة الخيار فى نكاحها.

و الحكم بالتخيير فى الحرّة و الأمة مشكل، بل الذى ينبغى على ما تقدّم أن يكون نكاح الحرّة صحيحا و نكاح الأمة موقوفا على رضاها، فإن رضيت

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٢١.

صحّ، و إلّا انفسخ، و هو الذى صرّح به الشيخ «١» و كذا العمة و الخالة.

و لو اختارت الحرة أو العمة أو الخالة استمرار العقد على الأمة أو بنت الأخ أو الأخت صحّ الجمع و لم ينفسخ و لا كان له الخيار.

و لو اخترن الجمع فى حال الكفر لزمهنّ حكمه أى الاختيار حال الإسلام استصحابا، و لصحة النكاح فى الكفر إذا استجمع الشرائط المعتبرة عندنا.

لا يقال: إنّه على حال لا يصحّ ابتداء النكاح فيها لعدم الرضا فكذا لا يصحّ الاستدامة. لأنّه ممنوع، فإنّه عدم رضا مسبوق بالرضا حال وقوع العقد صحيحا.

و لو أسلم الحرّ على أربع إماء تخيّر اثنتين، و كذا يجوز له تخيّر اثنتين منهنّ لو كان معهنّ حرائر إذا رضيت الحرائر بجمعهنّ معهما، فيختار منهنّ حرّتين، و من الإماء أمتين.

و الأقرب حينئذ اعتبار رضى جميع الحرائر الأربع لا حرّتين منهنّ، لتساويهنّ قبل الاختيار دون الخامسة إن كانت و فسخ نكاحها، و إلّا يفسخ اعتبر رضاها أيضا كالأربع لذلك.

و يحتمل اعتبار حرّتين خاصّة، فإنّهما تتعيّنان للزوجية مع الأمتين المختارتين، فلا يعتبر رضا غيرهما، و التساوى إنّما كان فى الصلاحية للاختيار و الزوجية و لا يضر.

و لا يمكن أن يقال: إنّه لا يجوز له اختيار أمتين إلّا إذا فسخ نكاح من عدا الحرّتين، و لا يجوز له إلّا فسخ الزائد على النصاب، و لا يزيد باقى الحرائر على النصاب إلّا إذا اختار الأمتين، فيلزم الدور. فإنّ اختيار الأمتين مع الحرّتين عين فسخ البواقى، و يكفى فى الفسخ زيادة المجموع على النصاب، و لو تمّ لجرى فى اختيار أربع من الحرائر.

و يحتمل أن لا يعتبر رضا الحرائر أصلا فى اختيار الأمتين، و إنّما يعتبر رضا

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٢٢.

من يختارها منهن فى نكاحها، لكون الاختيار بمنزلة ابتداء النكاح، فكان بمنزلة من تزوّج بأمة أوّلا ثمّ تزوّج بحرّة، و هو قوى.

و ربّما احتمل أن يعتبر اختيار حرّتين أوّلا ثمّ إذنهما فى الأمتين لما أنّهما قبل الاختيار لا يتعيّنان للزوجية.

و ربّما احتمل عدم التوقّف على الرضا مطلقا، للفرق بين ابتداء النكاح و استدامته، و هما ضعيفان.

و لو كان إحدى الخمس بنت الأخ أو الأخت لأخرى منهن فاختارها مع ثلاث غير العمة أو الخالة صحّ الاختيار و إن لم ترض العمة أو الخالة و انفسخ نكاح العمة أو الخالة بخلاف ما لو اختارها و حدها قبل اختيار ثلاث أخر، فإنّه لا يصحّ إلّا إذا رضيت العمة أو الخالة أيضا بناء على ما ذكره فى الإماء و الحرائر، و على ما قوّيناه من الاحتمال لا يعتبر رضا العمة أو الخالة إلّا فى اختيارها لا اختيار بنت الأخ أو الأخت.

و لو أسلم على حرة و ثلاث إماء، تخيّر مع الحرّة أمتين إذا رضيت الحرّة، و لو لم ترض ثبت عقدها و بطل عقد الإماء إذا كان الاختيار لهنّ دفعة أو اختار الحرّة أوّلا، و كذا إذا اختار الأمتين أوّلا على ما ذكره دون ما ذكرنا.

و لو كنّ وثنيات و لحق به الإماء فى الإسلام فى العدّة و خرجت العدّة على كفر الحرة بطل نكاحها و تخيّر أمتين من غير توقّف على رضاها.

و لو عادت إلى الإسلام فى العدة، ثبت عقدها خاصة إن لم ترض بالإماء بلا إشكال، إذ لا يتوقّف ثبوت نكاحها حينئذ على الاختيار و التعبير بالعود إلى الإسلام لأنّه الفطرة.

و لو طلّق الحرة فى العدّة من البينونة باختلاف الدين قبل إسلامها فإن أسلمت فيها أى فى تلك العدّة تبيّنا أنّه صحّ الطلاق لتبيّن زوجيتها و بنّ الإماء إن قلنا ببطلان عقد الأمة على الحرة من أصله لفقدان

الشرطين أو لعدم إذنها. و إن قلنا بالوقف احتمل جواز التخيير منهنّ بناء على أنّ الوقف بمعنى تسلّط الحرة على فسخ عقدها، لكونها زوجة، و العدم بناء على أن الوقف بمعنى عدم الثبوت إلّا مع الرضا. و لا يعتبر رضاها إلّا إذا كانت زوجته، فتعذّر هنا تحقق شرط الثبوت، و الفرق بين الرجعية و غيرها بناء على كون الرجعية زوجة.

و إن خرجت العدة و لمّا تسلم، ظهر بطلان الطلاق و عدم الزوجية رأسا. و لذا تخيّر فى الإماء.

و لو أسلم الحر على أربع حرائر، أو حرّتين و أمتين، أو ثلاث حرائر و أمة، أو أسلم العبد على أربع إماء، أو حرة و أمتين، أو حرتين ثبت العقد على الجميع لعدم الزيادة على النصاب لكن مع رضى الحرائر إذا اجتمعن مع الإماء و إلّا انفسخ نكاحهن. هذا إذا كنّ كتابيات أو وثنيات و آمنّ معه أو فى العدّة مع الدخول بهن.

و لو أسلم عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن انتظرت العدة لكلّ منهن فإن خرجت عدد الجميع و لم تسلم منهنّ واحدة بطل عقدهن، و إن أسلم فيها أربع فما دون و خرجت عدّة الجميع و لم تزدن المسلمات على الأربع ثبت عقد المسلمات و بانت الباقية و إن زدن المسلمات على أربع فى العدّة تخيّر أربعا، و له اختيار من سبق إسلامها و من تأخّر فإنّهن بإسلامهنّ فى العدة متساويات فى جواز التخيّر، و السبق غير معيّن، و لا التأخّر مانع و يندفع نكاح البواقى. و كذا لو أسلمن كلّهن فى العدة.

و لا يجبر على الاختيار إذا سبق البعض إلى الإسلام فى العدّة بل له التربّص كلّا أو بعضا حتى تخرج العدّة على غيرها، لجواز أن يكون هواه فى الغير، و قد عرفت أنّ السبق غير معيّن. فإن لحقن به أو بعضهن فى العدّة و لم يزدن جملة المسلمات السابقة و اللاحقة عن أربع ثبت عقده

عليهن جميعا و إن زدن عن أربع تخيّر أربعا أيّة كنّ منهنّ.

و لو اختار من سبق إسلامهنّ قبل لحوق الباقية أو بعده و كنّ السابقات أربعا لم يكن له اختيار من لحق به بعدهن و لو كان اللحوق فى العدة لثبوت الزوجية بالاختيار، و عدم التسلّط بعده على الفسخ.

و لو أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن، لم يكن له العقد على خامسة، و لا على أخت إحداهن إلّا بعد انقضاء العدّة على الكلّ

مع بقائهن على الكفر أو بقاء إحدى الأربع أو الأخت عليه مع انقضاء عدّتها، و إن لم ينقض عدّة البواقى فإنّ الزوجية تستصحب ما لم ينقض العدّة على الكفر، و لذا يحكم بصحة الطلاق ظاهرا إلى أن يتبيّن الخلاف باستمرار الكفر.

و بالجملة فالعلّة فى صحة الطلاق، هى العلّة فى فساد العقد على الخامسة أو الأخت. فتوهم التنافى فى غاية الضعف.

و يحتمل قويّا وقوف نكاح الخامسة أو الأخت إلى انقضاء العدّة، كما يتوقف نكاح المتخلّفة أو المتخلّف عن الإسلام، لأنّ الانقضاء كاشف عن البينونة من حين الإسلام، و الاستصحاب إنّما هو فى الظاهر.

و لو أسلمت الوثنية أو الكتابيّة تحت كافر دخل بها فتزوّج الزوج الكافر بأختها، فإن انقضت العدة على كفره تبينا البينونة من حين إسلامها، و لذا صحّ عقد الثانية مستقرّا. و لو لم ينقض العدّة فإن أسلما أى الزوج و الزوجة الثانية معا إن لم يدخل بها و مطلقا إن دخل فى عدّة الأولى أو أسلم و كانت كتابية تخيّر بين الأختين، لصحة النكاحين مع انتفاء ما يرفعهما أو أحدهما، و غايته الجمع بين الأختين فى الكفر، و قد عرفت أن سبق إسلام زوجة لا يعيّن اختيارها، و لا يمنع من اختيار غيرها.

و لو تأخّر إسلام الزوجة الثانية و هى وثنية حتى خرجت عدة الاولى و قد أسلم الزوج فيها بانت و تعيّنت الاولى للزوجية، لاستقرار نكاحها باجتماع إسلامهما فى العدّة، و استقراره يمنع من نكاح الأخرى.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ٢٤٢

و يحتمل انتظار العدّة للثانية المبتدئة من حين إسلامه و ذلك إذا كانت وثنية و تأخرت غاية عدّتها عن غاية عدّة الاولى، لجواز العكس. فإن لحقت به فى الإسلام فى العدّة تخيّر و إن خرجت عدة الاولى لما ذكر و إلّا تعيّنت الاولى، و هو الأقوى، لأنّ اجتماع الإسلامين فى عدة الثانية أيضا موجب لاستقرار نكاحها، و سبق الاولى لا يعيّنها فيتعارضان.

و لو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعدا وثنيات مدخول بهنّ ثمّ أعتق و لحقن به فى العدّة تخيّر اثنتين منهن لا غير، لأنّه لما أسلم كان عبدا لم يكن له إلّا ذلك، و زمان الاختيار من حين الإسلام إلى انقضاء العدّة.

فإذا اختارهما انفسخ نكاح البواقى، و كان له العقد على اثنتين أخريين من الأربع أو من غيرهن لأنّه حينئذ حرّ و هذا يشمل ما إذا تقدم العتق على إسلامهن أو تأخّر أو توسط، و على الأوّل الأقوى وفاقا للمبسوط «١» و التذكرة «٢» و التحرير «٣» ثبوت النكاح على الجميع، فإنّ استقرار الاختيار من حين إسلامهن و هو حينئذ حرّ. و على التوسّط بأن أسلم ثمّ أسلمت اثنتان أو أسلمتا معه ثمّ أعتق ثمّ لحقت به الأخريان فى العدّة، يحتمل ثبوت النكاح على الجميع، من أنّه لا يتعيّن عليه اختيار من سبقت إلى الإسلام، لجواز التربّص إلى إسلام الباقيتين، و إذا أسلمتا كان حرا. و العدم كما فى المبسوط «۴» من تحقق الاختيار من حين إسلام الأولتين، و إن جاز له التربص إلى الإسلام الآخرتين و هو حينئذ عبد.

و لو أعتق أوّلا ثمّ أسلم و لحقن به تخيّر أربعا إن كنّ أزيد بلا إشكال.

و إذا أسلم الحرّ عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهنّ وثنيات انتظرت العدّة، فإن لحق به أربع فما دون كان له الاختيار و الانتظار إلى انقضاء عدة الباقية.

فإن اختار المسلمات و هنّ أربع انقطعت عصمة البواقى و إن

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٢٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶۵۶ س ١۴.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ١٩ و ١٨.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ٢٢٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٢۴٣

كانت دونهن كان له اختيار المكمّلة للعدد ممن لحقت به. ثمّ إن أسلمن البواقى على تقدير انقطاع عصمتهن قبل انقضاء العدة علمت البينونة باختياره للأربع لا باختلاف الدين، فإنّه لا يبين إلّا مع الاستمرار و كانت عدتهن من ذلك الوقت و إن أقمن على كفرهن إلى الانقضاء علمت البينونة منهن باختلاف الدين فالعدّة من حينه.

و إن لم يختر المسلمات كلّا أو بعضا بل انتظر إسلام البواقى كلّا أو بعضا فإن أقمن على الكفر حتى خرجت العدّة ظهرت البينونة من حين الاختلاف، و ظهر أن عددهن قد انقضت و أنّ الأول المسلمات قد لزمه نكاحهن بغير اختيار، لأنّ اختياره إنّما يكون من بين عدد لا يجوز له جمعه و هن أربع، أو دونها ممّن يجوز له جمعهن.

و إن أسلمن فى العدّة فإن اختار من الجميع أربعا أيّة كنّ انفسخ نكاح البواقى من حين الاختيار و يعتددن من وقته لا من حين الاختلاف فى الدين. و كان الصواب فإذا اختار فإنّ الاختيار لازم.

فإن طلّق الأوّل المسلمات انقطعت عصمة الباقيات فإنّ الطلاق فرع الاختيار كما سيأتى.

ثمّ إن أقمن على الكفر حتى انقضت العدة بأن أنّهن بنّ باختلاف الدين. و إن أسلمن فيها بأن أنّهن بنّ من حين الطلاق كما فى الاختيار سواء.

و لو اختار فسخ المسلمات لم يكن له ذلك «١» إلّا بعد إسلام أربع أخر لإمكان أن لا يسلمن فى العدّة فيلزمه نكاح المسلمات، فلو اختار الفسخ أوّلا و لم تسلم أحد من الباقيات فى العدة انفصل نكاحهن، و لزمه نكاح من اختار فسخهن و تبيّن فساد الفسخ.

---

(١) فى المطبوع: ذلك حقيقة.

و إن أسلمن فإن اختار منهن أربعا انفسخ الزائد منهن و الأوائل، و إن اختار الأوائل احتمل اختيارهن الصحة، لأنّ فسخه الأوّل لم يكن صحيحا فى وقت وقوعه بناء على اشتراطه بالعلم بتحقق أربع أخر له اختيارهن و لم يكن حاصلا.

و احتمل البطلان بناء على صحة الفسخ لأنّ بطلان الفسخ غير متحقق، بل هو متزلزل لعدم اشتراطه إلّا بعدم العلم بانتفاء أربع أخر، و إنّما المتوقّف على تحقق أربع أخر أو العلم به استقراره، فبطلانه إنّما يتمّ لو أقام البواقى على الكفر، لأنّا نتبيّن بذلك لزوم نكاح المسلمات. فإمّا إذا أسلم البواقى فلا يلزمه نكاح الأول فإذا فسخ فيه أى فى فرض إسلام الكلّ نكاح من شاء جاز أى صحّ و مضى، فكذا إذا فسخ قبله ثمّ حصل فإنّه كشف عن الصحة. و إذا مضى الفسخ لم يكن له أن يختارها أى من فسخ نكاحها، و الأوّل عندى أقوى، لأنّ الفسخ مخالف للأصل لا يثبت إلّا بموجب أو مجوّز و لم يحصل هنا.

و لو أسلم عن أربع إماء و حرة و ثنيات دخل بهن فأسلمن الإماء و تأخّرت الحرة و أعتقن قبل إسلامها لم يكن له اختيار واحدة منهنّ إن منعنا من نكاح الأمة للقادر على الحرة، لجواز إسلام الحرة فى العدة.

و إنّما يعتبر حالهن أى الإماء أوّل حال ثبوت الخيار، و هو حال اجتماع إسلامه و إسلامهن بل حال إسلامه خاصّة و قد كن حينئذ إماء و يدل عليه أنّ الحرة إن أسلمت فى العدّة تبيّن أنّها كانت زوجته، و هذا موافق لإطلاق ما مرّ منه فى العبد إذا أسلم عن أربع حرائر، ثمّ أعتقن و لحقن به من حيث أنّه لم يعتبر العتق قبل الاختيار، و أمّا اعتباره اجتماع الإسلامين فعلى التنزل.

ثمّ قد عرفت الفرق بين ابتداء نكاح الأمة و استدامته، و أنّ الظاهر الاتفاق على جواز الاستدامة و إن قدر على الحرة لكن برضاها على قول المصنف، و مطلقا على ما قوّينا.

و على ما ذكره هنا فإن أسلمت الحرّة بنّ رضيت أم لا، و على ما مرّ إنّما يبن إن لم ترض الحرّة، و يمكن بعيدا تنزيل كلامه عليه «۱» [و على ما قوّيناه لا يبن مطلقا] «۲».

و إن تأخّرت الحرّة عن الإسلام حتى انقضت العدة بانت، و كان له اختيار اثنتين من الإماء لا غير اعتبارا بحال اجتماع الإسلامين أى إسلامه و إسلامهن، فإنهن حينئذ إماء.

ثمّ إنّ له اختيار اثنتين إن لم يشترط العنت و عدم الطول فى نكاح الأمة، و إلّا لم يكن له إلّا اختيار واحدة كما عرفت، إلّا أن يكون إحداهما ممّن لا يمكن الاستمتاع بها لصغر أو بعد أو نحوهما.

و ظاهر الكلام البناء على منع القادر على الحرة من الأمة، فلا بدّ من الحمل على هذه الصورة، أو الحمل على جواز نكاح الأمة للقادر على الحرة و إن باين أوّل الكلام، فإنّ من قال بالمنع لا يجوز نكاح اثنتين أو تنزيل المنع على ما ذكرناه.

و لو أعتقن قبل إسلامه ثمّ أسلم و أسلمن، أو أعتقن بعد إسلامه على إشكال، ثمّ أسلمن بعد إسلامه و عتقهن، و التصريح به للتنصيص على إرادة الترتّب فى الوقوع من لفظة ثمّ دون غيره من المعانى كان له اختيار الأربع، لأنّ حالة الاختيار حالة اجتماع الإسلامين و هنّ حينئذ حرائر، فإن اختارهن انقطعت الخامسة الحرة عن النكاح.

و منشأ الإشكال فيما لو عتقن بعد إسلامه و قبل إسلامهنّ ممّا ذكره، و من أنّ العبرة بإسلامه فإنّ أوّل زمن الخيار أوّل زمان العدة، و هو من حين إسلامه لا اجتماع الإسلامين، لكن استقرار الاختيار موقوف على إسلامهن، و هو موافق لما تقدم فى العبد إذا أسلم ثمّ أعتق و لا يخالف ما ذكره أوّلا من أنّه ليس له اختيار واحدة منهنّ، و إن أسلمن قبل إسلام الحرّة لما علّمناك.

---

(۱) فى «ن» بدل «عليه»: على المنع بغير رضاها.

(۲) لم يرد فى «ن».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۲۴۶

و لو أسلم الحرّ عن خمس حرائر و ثنيات، أو العبد على خمس إماء فلحق به أربع و عدة الخامسة بعد باقية فله اختيار ثلاث منهنّ و انتظار الخيار فى الرابعة حتى تخرج عدة الخامسة على الشرك فيلزمه نكاح الرابعة.

و هل له انتظار الخيار فى الجميع؟ الأقرب المنع، لأنّه إنّما له تأخير خيار من له أن لا يختارها و ليس، لأنّه يلزمه نكاح ثلاث منهن لأنّه يلزمه نكاح أربع فيختار ثلاثا و يؤخّر الرابعة.

فإن أسلمت الخامسة تخيّر بينهما و إلّا لزمه نكاح الرابعة.

و يحتمل الجواز بناء على أنّ الثلاث اللاتى عليه اختيارهن غير معيّنات، فكلّ منها فرضت كان له أن لا يختارها، مع أنّ الأصل انتفاء الضيق فى الاختيار.

و يضعّف بأنّ الاختيار فورى، لأنّ تأخيره موجب لتفويت حقوق الزوجية و تعطيل الزوجة، و إنّما جاز التأخير إذا ترقّب اختيار الغير، فإنّه حينئذ لا يترجّح الزوجات بعضهن على بعض، و لا يجبر على اختيار السّابقات، إذ قد يكون هواه فى الأخر، و لذا إذا أسلمت الكلّ لم يجز له تأخير الاختيار متى شاء، و هنا لا يترقّب إلّا اختيار واحدة أخرى، و لا يفيد التأخير إلّا اختيارها. و أمّا الثلاث من الأربع فهن متعيّنات، للاختيار و لو بكونهن ثلاثا من الأربع، فلا وجه للتأخير.

و لو أسلم تحت العبد المشرك أربع إماء دخل بهن ثمّ أعتقن قبل إسلامه كان لهن الفسخ بالعتق، و إن لم يسلم فإنّه لا ينافى الجرى فى البينونة باختلاف الدين.

فإن لم يسلم فى العدة ظهر أنّهن بنّ بالاختلاف فى الدين من حين إسلامهن، و ظهر فساد الفسخ إذ لا فسخ حيث لا نكاح و

يكملن عدة الحرائر لأنّهن أعتقن فى عدة رجعية، لأنّ للزوج أن يسلم فيستمر النكاح، و سيأتى أنّها إذا طلّقت رجعية فأعتقت فى العدّة اعتدّت كالحرائر. و يحتمل قويّا عدة الإماء لأصالة البراءة من الزائد، و كون الحمل على عدّة الطلاق قياسا مع

إمكان تشبيهها بعدة البائن، و تردّد فى التحرير «١».

و إن أسلم فى العدّة بنّ بالفسخ لا بالاختلاف، و أكملن عدّة الحرائر من غير إشكال.

و لو أخّرن الفسخ حتى أسلم، كان لهنّ الفسخ إذا أسلم قولا- واحدا كما فى التذكرة «٢» لأنّهنّ تركنه اعتمادا على الفسخ بالاختلاف فى الدين، فإن الأصل بقاؤه، فسكوتهن لا يدلّ على الرضا كالمطلقة رجعيا إذا أعتقت و أخّرت الفسخ اعتمادا على الفسخ بالطلاق حتى إذا رجع فسخت.

و إن أسلم فى العدّة فاخترن فراقه فعليهن عدة الحرائر من حين اختيار الفراق و إن اخترن نكاحه بعد إسلامه اختار اثنتين منهنّ لكونه عبدا.

و إن اخترن المقام معه قبل إسلامه لم يصحّ الاختيار، لأنّهن جاريات إلى بينونة للاختلاف فى الدين و لذلك لم يسقط حقّهن من الفسخ عند إسلامه على إشكال.

و لو أسلم العبد قبلهن فأعتقن كافرات فإن اخترن المقام معه لم يصحّ، لأنّهن جاريات إلى بينونة للاختلاف فى الدين، إلّا أن يكون كتابيات. و إن اخترن الفسخ فلهنّ ذلك لأنّه يناسب الجرى إلى البينونة، لكن إن بقين على الكفر تبيّن فساد الفسخ و اعتددن من حين الاختلاف فى الدين، و فى إكمال عدة الحرائر ما تقدّم.

و لو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصغير بعشر تبعه ابنه فى الإسلام، فإن أسلمن من الأب اختار بعد البلوغ ماله من النصاب، إذ لا عبرة باختيار الصبى و لا الولى، و كذا إن كنّ كتابيّات و إن لم يسلمن. و يمنع و هو صغير من الاستمتاع بهنّ و يجب النفقة عليهن من ماله، لتعطلهن و حبسهنّ عليه.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ١٩ س ٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٥٥ السطر الأخير.

و لو أسلم أب المجنون، ففى التبعيّة إشكال من مساواته الصغير فى انتفاء العبارة عنه و أهليته للتكليف، و من أنّ التبعية على خلاف الأصل، فيقتصر فيها على موضع النص و الإجماع. و قد يفرق بين من بلغ مجنونا و من تجدد جنونه.

فإن قلنا به أى التبعيّة فإن كان تزوّج و هو غافل، أو زوّجه الولى بأزيد من أربع، فإذا أسلم الأب فإن أسلمن أو كن كتابيّات لزم اختيار النصاب منهن، و التأخير إلى الإفاقة ضرر عظيم، بخلافه إلى البلوغ، فلذا تخيّر الأب إن كان أو الحاكم إن لم يكن. و ربّما قيل: مطلقا كما يتوليان الطلاق عنه. و قد يقال بالإيقاف إلى البرء، لأنّ الاختيار بالتشهّى، و يعطيه كلام التذكرة «١».

[المطلب الرابع فى كيفية الاختيار]

المطلب الرابع فى كيفية الاختيار الاختيار إمّا باللفظ أو بالفعل، أمّا اللفظ فصريحه اخترتك أو أمسكتك أو ثبّتك و قال بعض الشافعية: إنّ ما لم يذكر فيه النكاح كناية «٢».

أو اخترت نكاحك، أو أمسكته، أو ثبّته و شبهه كأقررتك و أقررت نكاحك و اخترت حبسك على النكاح، و ما فى معنى

تلك الألفاظ من أيّ لغة كان.

و من الكناية ما يدلّ على فسخ نكاح الجميع من عدا المختارات، فإنّه يلزمه حينئذ نكاح المختارات، و نحو قوله: أريد كن [أو لا أريد كن] «۳».

و لا بد من أن يكون الاختيار منجزا على الأقوى وفاقا للمبسوط «۴» لأنّه إمّا ابتداء نكاح أو استدامة، و على الأوّل يكون كالعقد، و على الثانى كالرجعة، و لأنّه لو علّقه بسبب أو شرط كان المعلّق عليه داخلا فى سبب استدامة النكاح، و لم يرد به الشرع.

و قيل- شاذا- بجواز التعليق، لأصالة الجواز و صحّة تصرفات المسلم، و عدم

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۵۳ س ۱۰.

(۲) مغنى المحتاج: ج ۳ ص ۱۹۹.

(۳) لم يرد فى ن.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۳۰.

الاشتراط بالتنجيز، و عدم ما يمنعه من كتاب أو سنّة «۱». و يدفعه أصالة البقاء على عدم التعيين، و عدم سببيّة المعلّق للتعيين. و لو فرق بين التعليق على متحقق نحو إن كان اليوم الجمعة فقد اخترتك و غيره لم يبعد، لأنّ الأوّل لا يقصر عن الكناية، خصوصا إذا كان عالما بتحققه.

و لو طلّق فهو تعيين للنكاح فإنّه لا يواجه به إلّا الزوجة. فلو طلق أربعا صحّ نكاحهن و طلّقن و انفسخ نكاح البواقى. و فى وجه للشافعية العدم «۲» لأنّه قال عليه السّلام لفيروز الديلمى و كانت تحته اختان: طلّق أيتهما شئت «۳».

و لو كان تعيينا لكان تفويتا لهما عليه. و الجواب بعد التسليم حمل التطليق على الفراق.

و ليس الظهار و الإيلاء اختيارا وفاقا للشرائع «۴» على إشكال من أنّه يواجه بهما غير الزوجة و إن لم يترتّب عليهما فيها ما يترتّب فى الزوجة، بل هما أولى بالأجنبية. و من أنّهما تصرّفان مخصوصان بالنكاح كالطلاق، و هو مختار المبسوط «۵» و ضعفه ظاهر.

و على المختار فإن اختار التى ظاهر منها أو التى آلى منها صحّا أى الظهار و الإيلاء، أى وقعا على الزوجة و ترتّبت عليهما أحكامهما.

و يكون العود إليها عقيب الاختيار إن لم يفارقها فإنه قبله ليست بزوجة، و المراد بالعود إمّا إلزام الحاكم بالعود أو الطلاق، أو إمساكها زوجة مع استباحة الوطء كما فى الانتصار «۶» لا الوطء أو إرادته، فإنّ الوطء اختيار، و كونه عقيب الاختيار لا ينافى ضرب مدة التربص، و كذا كون الإلزام عقيبه لا ينافى التوقّف على المرافعة.

(۱) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۱۱۴.

(۲) روضة الطالبين: ج ۵ ص ۵۰۲ راجع هامش المسالك: ج ۷ ص ۳۷۳.

(۳) سنن البيهقى: ج ۷ ص ۱۸۵.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۹۶.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۲۳۷.

(۶) الانتصار: ص ۱۴۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٢٥٠
و مدّة تربّص الإيلاء من حين الاختيار أو ما بعده، و بالجملة فمن حين المرافعة المقرونة بالاختيار أو المتأخرة عنه، و الغرض نفى كونها ممّا قبله.
و لو قذف واحدة فاختار غيرها وجب الحد و سقط بالبيّنة خاصّة دون اللعان، لأنّها أجنبيّة و إن كان لها حكم الزوجة قبل الاختيار.
و لو اختارها أسقطه باللعان أيضا، و لو طلّق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد إسلامه حال كفرهن فإن خرجت العدّة عليه أى كفرهن فلا حكم للظهار و الإيلاء و الطلاق مطلقا، و لا للقذف بالنسبة إلى اللعان لأنّهن أجنبيات، و لا بالنسبة إلى الحد لأنّهنّ كافرات بل إنّما عليه التعزير فى القذف، و يسقط بالبينة خاصّة دون اللعان. و إن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق عليهن إن لم يزدن على النصاب أو لم يطلّق إلّا النصاب فما دون، فإنّ بقاء الزوجية مراعى بالإسلام فى العدّة فكذا الطلاق، و لا جهة لبطلانه، فإنّ الإسلام كاشف عن بقاء الزوجية. و إن زدن على النصاب و وقع الطلاق على النصاب أو ما دونه كان اختيارا.
و يحتمل العدم حينئذ، لأنّه حين طلّق لم يكن له الاختيار، و إن اختار لم يصحّ، و الإسلام مشترك بين الجميع.
نعم إن اختار المطلقات صحّ طلاقهن، فهو طلاق مراعى بالإسلام و الاختيار جميعا. و ربّما قيل: بالبطلان مطلقا، لأنّه معلّق بشرط هو الإسلام، و ضعفه ظاهر.
أو لأنّ الاختيار ارتجاع لا استدامة مع اشتراط الطلاق بالزوجية حقيقة. و إن زدن على النصاب و طلّق الكلّ كشف الإسلام عن صحته على النصاب، و يتعيّن بالاختيار أو القرعة.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١۴١۶ ه‌ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌٧، ص: ٢٥٠
أمّا الظهار و الإيلاء فإن اختار من أوقع عليها ذلك صحّ و ترتّب عليه أحكامه، و إلّا فلا.
و أمّا القذف فإن اختار المقذوفة فعليه التعزير لأنّه قذفها و هى كافرة و يسقط باللعان أو البيّنة و إن لم يخترها أسقطه بالبيّنة خاصّة.
كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٢٥١
و هل تنزل الكنايات عن الطلاق منزلة الطلاق فى الاختيار؟
إشكال، أقربه العدم لأنّها لا تفيد الطلاق عندنا، فلا تفيد الاختيار و إن قصد به أى بما لفظ به منها الطلاق فإنّه اختيار عنده، لكن لا يثبت عندنا إلّا إذا علمنا قصده من خارج، فهو الذى أفادنا العلم بالاختيار دون الكناية. و دليل الخلاف عدم انحصار الاختيار فى لفظ، بل العبرة فيه بما فى النفس، و ضعفه ظاهر، فإن الأمر كذلك، لكن الكلام فى الدلالة و حصول العلم، و لا إشكال فيمن يزعم وقوع الطلاق بذلك.
و كذا لو أوقع طلاقا مشروطا بالإسلام فقال: كلّما أسلمت واحدة منكنّ فقد طلّقتها و الظاهر أنّه لا إشكال هنا، فإنّ غايته الاختيار حال الكفر، و لا عبرة به، و يجوز أن يريد ب «كذا» التشبيه بالعدم خاصّة.
و لو قال بعد الإسلام أو قبله: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو الفراق أى الطلاق لم يصحّ الاختيار للتعليق و لو لفظ بغير

لفظ الطلاق من الفراق و نحوه فأولى بعدم الصحة، لعدم توقّفه على النكاح، و يحتمل الصحة فى تعليق الطلاق بعد الإسلام، لأنّه ليس تعليقا للاختيار للنكاح بل للفراق، و الفراق و إن لم يصحّ إلّا أنّ دلالة اللفظ على الاختيار لا يقصر عن دلالة الكنايات على الاختيار.

و لو اختارهن جمع و رتّب الاختيار فاختار واحدة واحدة ثبت نكاح الأوّل بقدر النصاب و اندفع نكاح البواقى و لغى اختيارهن.

و لو قال لما زاد على أربع: اخترت فراقكنّ، انفسخ عقدهن و ثبت عقد الأربع البواقى، لأنّه من كنايات الاختيار.

و لو قصد بالفراق الطلاق كان كناية عنه فإن قلنا: إنّ الكناية عنه كالطلاق فى ثبوت الاختيار به ثبت عقد المطلقات دون الأربع و لم يطلقن لأنّه لا يقع عندنا بالكناية و إلّا فلا اختيار كما لا طلاق.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٢٥٢

و لو قال لواحدة منهن: طلّقتك صحّ نكاحها للدلالة على الاختيار و إن لم يقع به الطلاق. و يأتى لمثل ما تقدّم احتمال العدم إن لم يقع به الطلاق و طلّقت على قول كما يأتى و كانت من الأربع فلا يجوز له إلّا اختيار ثلاث أخر.

و أمّا الفعل الدالّ على الاختيار فكالوطء، فلو وطأ أربعا ثبت عقدهن و اندفع نكاح البواقى لأنّه أقوى دلالة من اللفظ، و ظاهره الصحة، و لذا عدّ رجوعا فى الطلاق و فسخا للبيع فى الخيار، و الظاهر عدم الخلاف فيه عندنا، لكن لو ادعى الشبهة فى الموطوءة سمع منه حيث أمكن.

فإن وطأ الخامسة جاهلين بالحرمة فعليه مهر المثل و كذا لو جهلت خاصّة.

و هل التقبيل أو اللمس بشهوة اختيار؟ وجهان أقربه ذلك لمشاركتهما الوطء فيما ذكر كما أنّه رجعة و هو يتضمن دليلا آخر عليه، و هو أنّ الاختيار و الرجعة معلولا علّة واحدة هى الفعل الدال على استدامة الزوجية، و تحقق أحد المعلولين يستلزم تحقق الآخر، لاستلزامه تحقق العلّة المستلزم لتحقق الآخر. أو أنّه لمّا دلّ كلّ من التقبيل و اللمس على الرجعة مع انتفاء النكاح بالطلاق فأولى بالدلالة على بقاء النكاح. و كلّ منهما و إن ضعف لكنه يصلح مؤيّدا.

و وجه الخلاف أنّهما ربّما يوجدان فى الأجنبيّة، فهما أعمّ من الاختيار.

و يدفعه أنّ الوطء أيضا أعم، فكما جعل دليلا بناء على أصالة الصحة فى أفعال المسلمين فكذا فيهما، و لا يضر كونهما أضعف منه.

و لو تزوّج بأخت إحداهن قبل الفسخ أو الاختيار لم يصحّ لبقاء علقة الزوجية.

و هل يكون اختيارا لفسخ عقدها أى من هى أختها إذا كانت تحته أكثر من النصاب سواء تزوّج بها دائما أم متعة للتساوى فى الفساد؟ إشكال

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٢٥٣

من التنافى و اختيار أحد المتنافيين يدلّ على كراهة الآخر و إن كان فاسدا. و من أنّ التنافى إنّما يكون إذا صحّ، و ليس كما عرفت، و العموم إذ ربما غفل أو جهل.

و لو قال: حصرت المختارات فى ست و عينهنّ انحصرن فيهنّ فتعتد الباقيات حينئذ، لدلالته على فسخ نكاحهن.

و لو لحقه أربع و تخلّف أربع، فعيّن الأوائل للنكاح صحّ، و لو عيّنهن للفسخ، لم يصحّ إن كان الأواخر و ثنيات ما كن متخلّفات، إذ ربّما لم يسلمن فتعيّن الأوائل للزوجية، و لو صحّ لترتّب عليه أثره، و هو بطلان نكاحهنّ، فإمّا أن يعود إلى الصحّة بعد ما استمر كفر الأواخر، أو يبطل نكاح الجميع، أو يصحّ نكاح الأواخر، و الكلّ بيّن البطلان.

و الّا يكن وثنيات بل كتابيات صحّ الفسخ، لجواز اختيارهن كما عرفت.

و يحتمل الوقف إن كنّ وثنيات، فإن أسلمن كشف عن الصحة و إلّا انكشف الفساد، و هو وجه للشافعية «۱» بناء على التساوى فى العدة فى علاقة الزوجية، و صلاحية كلّ منهن فى الظاهر للاستدامة و الفسخ، و إنّ الصحة فرع بقاء البواقى على الزوجية، و الفساد فرع عدمه، و لا يعلم شيء منهما الآن. و المنشأ أنّ شرط صحة الفسخ هل هو العلم بإمكان بقاء زوجية البواقى أو تجويزه؟ و الثانى أظهر للأصل، لكن يعارضه أصل عدم الانفساخ، و عدم تعيّن البواقى إذا أسلمن للزوجية.

و لو عيّن المتخلّفات للفسخ صحّ بلا إشكال و تعيينهنّ للنكاح لا يصحّ لأنهنّ و ثنيات إلّا أن جوّزنا الوقف فى الاختيار كما جوّزناه فى الفسخ، و المأخذ: هل يقف العقود و هل الاختيار كابتداء النكاح أو استدامته؟ و لو أسلمت ثمانى على الترتيب فخاطب كلّ واحدة بالفسخ عند إسلامها تعيّن للفسخ الأربع المتأخّرات على المختار من بطلان فسخ

---

(۱) الحاوى الكبير: ج ۹ ص ۲۸۱.

المسلمات ما دامت الأخر متخلّفات. و على احتمال الوقف تعيّن المتقدمات للفسخ، لأنّ إسلام المتأخّرات كشف عن صحّة فسخهن، و لا بد من بقاء أربع على النكاح.

و يجب الاختيار وقت ثبوته لأنّه لا يجوز له التمسک بالجميع و لا تعطيلهنّ كالمعلّقات، و للأمر به فى الأخبار. فإن امتنع عنه حبس عليه مع مرافعتهنّ أو بعضهن. فإن اختار بمجرد الحبس و إلّا بل أصرّ عزّر و كرّر عليه ذلک حتى يختار، و لا يختار عنه الحاكم، لأنّه منوط بالشهوة.

فإن مات قبل الاختيار اعتدّت كلّ واحدة قبل الدخول بعدّة الوفاة لاحتمال الزوجية، بل بقاء علاقتها ما لم يقع الفسخ أو الاختيار، و بعده بأبعد الأجلين من عدتى الوفاة و الطلاق «۱». فالحائل تعتد بالأبعد من أربعة أشهر و عشرة أيام و من ثلاثة أقراء، و الحامل بالأبعد من أربعة أشهر و عشرة أيام و من الوضع للحمل، للاحتياط، و احتمال كلّ من الفراق و البقاء على الزوجية. و احتمل بناء على ما أشرنا إليه من بقاء العلاقة قبل الفسخ أو الاختيار أن لا يكون عليها إلّا عدة الوفاة.

و يوقف لهن الميراث: الرابع أو الثمن حتى يصطلحن، لاحتمال كلّ منهن الزوجية و عدمها. فإن طلبت إحداهن منه شيئا لم تعط قبل الاصطلاح، و كذا اثنتان و أزيد إلى أن يبقى أقل من أربع، لاحتمال خروجهن جمع عن الزوجية. و لو كنّ ثمانيا و طلبت خمس منهن من الميراث دفع إليهن ربع النصيب أى نصيب الزوجات، و هو الربع أو الثمن، فإنّ إحداهن زوجة قطعا. و لو طلبت الست منهن دفع إليهن نصفه لأنّ اثنتين منهن زوجتان قطعا و هكذا.

و لو كانت إحداهن مولّى عليها لصغر أو جنون لم يكن لوليّها

---

(۱) كذا، و المناسب: ترک قوله: من عدتى الوفاة و الطلاق.

إن كنّ ثمانيا أن يأخذ لها أقل من الثمن إلّا أن يكون إن لم يصالح على أقل منه فاتها الكلّ، و يحتمل الجواز. و الظاهر حينئذ بقاء حقّ المطالبة له أو لها بعد الكمال. و أما جواز أخذ الثمن مع أنّ الزوجات فى الواقع أربع، فلأنّه لا يعلم زوجيتها، فيحتمل أن لا تكون زوجة، و الميراث موقوف بين ثمان لا رجحان لإحداهن على الآخر. و للشافعية وجه أنّه ليس له إلّا أخذ الربع «۱» لأنّها لا يستحق الميراث إلّا لكونها إحدى الأربع.

و يحتمل أن لا يوقف الميراث إلى الاصطلاح، بل يستعمل القرعة فى الزوجات، فمن خرجت عليهن يخصّ بهن، لأنّها لكلّ

مشكل.

و يضعف بأنها لمتعيّن فى نفسه، و لا تعيّن هنا إلّا بالاختيار أو الفسخ، فهما بمنزلة العقد، و يتساوين قبلهما فى علاقة الزوجية.

و يحتمل التشريك بينهن على السوية من غير اصطلاح للتساوى، و اعتراف الكلّ بالإشكال، فيكون أولى بالتشريك من تساوى الدعويين. و يدفعه استلزامه توريث من يقطع بعدم وراثته، بخلاف المدعيين المتساويين لاحتمال الاشتراك.

و لو كانت فيهن وارثات و غير وارثات فلا إيقاف لهنّ، بل لا يورثن إذا كانت غير الوارثات أربعا فما فوقهن وفاقا للمبسوط «۲» لعدم العلم بأنّ له زوجة وارثة، لاحتمال أن يكون الزوجات منحصرة فى غير الوارثات، و الأصل العدم كما لو كان معه أربع وثنيات و أربع كتابيات فأسلم الوثنيات خاصّة ثمّ مات قبل التعيين. و كذا لو كنّ جمع كتابيات فأسلم معه أربع خاصة و مات.

و استقرب فى التذكرة الإيقاف، لعدم العلم باستحقاق سائر الورّاث جميع التركة، لاحتمال زوجية الوارثات منهنّ، كما يوقف الميراث إذا كان حمل. قال:

---

(۱) المجموع: ج ۱۶ ص ۳۰۸.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۳۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۲۵۶

و الشك فى أصل الاستحقاق لا يمنع الوقف كما فى الحمل، فإن استحقاقه أيضا مشكوك فيه «۱».

قلت: فيه الافتراق بأنّ الشك فى الحمل يرجى زواله.

و أمّا لو أسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصّة أى حصة الزوجات و إن لم نقل بالإيقاف إن لم يسلمن، فإنّ الكافر إذا أسلم قبل القسمة ورث.

و قد يحتمل العدم بناء على أنّ الإسلام قبل القسمة إنّما يثمر الإرث فى غير الزوجة، لأنّ إرثها منوط بالزوجية و الإسلام معا، و لا زوجية بعد الموت. و هو ممنوع، و لذا ثبت أحكامها من جواز النظر و التغسيل و أولوية الزوج.

و لو أسلمت واحدة من الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالموقف على الأقرب أيضا كمال الحصة أى تمام الربع أو الثمن، إذ غاية الأمر انحصار الزوجية فيها، و لا فرق بين الزوجة الواحدة و المتعددة فى ذلك.

و كذا لا إيقاف لو كان معه كتابية و مسلمة و قال: إحداكما طالق و قلنا بصحة هذا الطلاق و مات قبل التعيين لاحتمال كون المسلمة مطلّقة.

و يحتمل الإيقاف على ما استقربه فى التذكرة «۲». و لو أسلمت الكتابية قبل القسمة كان فيه الوجهان مع قرب الإيقاف.

[المطلب الخامس فى النفقة]

المطلب الخامس فى النفقة و المهر و ما يلحق بالكفر و العمدة هو الأوّل، لظهور حال المهر بأدنى تنبيه، و ضعف إلحاق الإباق بالكفر، فلذا عنون به المطلب. أو يقال: قد تم المطلب عند قوله: «و لا يعدّ الفسخ فى الطلقات» «۳» و أنّه ابتداء كلام ملحق بالفصل الثالث، أو عند قوله: «و روى:

أن إباق العبد طلاق زوجته» «۴» أو تعم النفقة للمهر و تمام «المطلب» عند الأخير.

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۶۰ س ۳۲.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٦٠ س ٣٦.

(٣) يأتى فى ص ٢٥٩.

(٤) يأتى فى ص ٢٦٠.

إذا أسلم الزوجان معا استمرت النفقة، و كذا إذا أسلمت دونه و سيذكره.

و إن تخلّفت عنه. فإن كانت كتابيّة استمرّت النفقة، و إن كانت وثنيّة استحقها إذا أسلمت فى العدّة لما بعد الإسلام دون ما قبله و إن كنّ فوق النصاب و أسلم و أسلمن وجب عليه نفقة الجميع حتى يختار أربعا لبقاء علاقة الزوجية و الحبس عليه، و حصول التمكين من كلّ، و إذا اختار فتسقط نفقة البواقى، و كذا لو كنّ كتابيات فوق النصاب وجبت النفقة و إن لم يسلمن لذلك. و كذا لو أسلمن أو أسلم بعضهنّ قبله بعد الدخول وجبت عليه فى العدّة و هو على كفره و إن انتفى التمكين من الاستمتاع فإنّه شرعى و من قبله. و أمّا هى فبادرت إلى فريضة مضيّقة فأدّتها كما لو صامت أو صلّت. و للشافعى قول بالعدم «١» لأنّها المحدثة للمانع من التمكين، و هو مستمر على دينه، و لأنه إن استمر بان أنّها بانت من حين الإسلام. و ضعف الوجهين ظاهر، لأنّه كالمطلق الرجعى الذى بيده الرجعة.

و يشترط فى استحقاق النفقة عدم النشوز فيما له السلطنة عليها فيه كالسكنى اللائقة بها، لأنّها إنّما تستحقها إذا تحقق التمكين منها، إلّا مما منع منه الشرع.

و حلّ نذرها إن قلنا بالانعقاد، و الحلّ بيد الزوج موقوف على الاختيار أو الإسلام، فإنّهما يكشفان عن بقاء الزوجية، فللزوج الحل. و على القول بعدم الانعقاد يحتمل العدم هنا، لبقاء علاقة الزوجية، و عدم تحقق الاستقلال الذى هو شرط، و «٢» الوقف بناء على كون الزوجية مانعة، و هو غير معلوم.

و الفرق بين استمرار الكفر و انتفاء الاختيار، لأنّ الأوّل يكشف عن البينونة من حين اختلاف الدين بخلاف الثانى.

و لو لم يدفع النفقة كان لهن المطالبة بها عن الحاضر و الماضى، سواء أسلم أو لا فإنّها دين لا يتوقّف المطالبة بها على الإسلام، و لا يجدى الاستمرار

---

(١) الحاوى الكبير: ج ٩ ص ٢٨٨.

(٢) لم يرد «و» فى المطبوع.

على الكفر، و إن أبان عن البينونة من حين الإسلام لما عرفت.

و لو أسلم دون الوثنيات لم يكن لهن نفقة لا فى العدة و لا بعدها، استمر كفرهن أو لا، إلّا لما بعد الإسلام إذا وقع فى العدة لأنّ تفويت الاستمتاع منهنّ لوجوب المبادرة إلى الإسلام عليهن.

و للشافعى قول بأنّها إذا أسلمت فى العدّة كانت لها النفقة لما مضى لظهور بقاء الزوجية «١» و لا يخفى ضعفه.

و لو تداعيا السبق إلى الإسلام قدّم قول الزوج، لأصالة براءته من النفقة، و قد يحتمل تقديم قولها، لأنّ النفقة ثابتة و النزاع فى المسقط، و الأصل عدمه، و هو قول للشافعية «٢».

و يدفعه أنّ النفقة ليست أمرا واحدا مستمرا من حين النكاح، و إنّما يثبت يوما فيوما، و الأصل فى كلّ يوم عدمها إلى أن يثبت موجبها و هو التمكين، و يأتى فى النفقات الإشكال فى كون النشوز مسقطا أو التمكين شرطا.

و لو ادعى السبق بالإسلام قبل الوطء الموجب للبينونة بمجرد الاختلاف فالقول قولها، لأنّ الأصل بقاء استحقاق المهر فإنّه وجب بالنكاح، و إنّما يسقط بالمسقط و الأصل عدمه [و فيه إنّ الأصل عدم الوطء] «۳».

و لو قالت: أسلمنا معا، فالنكاح باق و قال: بل أسلمت قبلى أو أسلمت قبلك إذا «۴» انقضت العدّة على كفرك أو لم تكن مدخولا بها قدّم قوله، لندور التقارن فى الإسلام على إشكال من تعارض الأصل و الظاهر.

و لو قال للوثنية: أسلمت بعد إسلامى بشهرين فلا نفقة لك علىّ إلّا ممّا بعدهما فقالت: بل بشهر، أو قال: أسلمت بعد العدّة فلا نفقة و لا- نكاح فقالت: بل فيها، قدّم قوله لأصالة تأخّر الحادث و البراءة من النفقة، و لا يعارضهما أصالة صحة النكاح، فإنّ الاختلاف فى الدين معلوم، و هو ممّا يرفع

---

(۱) الامّ: ج ۵ ص ۴۶.

(۲) الام: ج ۵ ص ۴۶.

(۳) ما بين المعقوفتين لم يرد فى ن.

(۴) فى ن بدل «إذا»: إلى أن.

النكاح رفعا مراعى، فالأصل معه بطلان النكاح، إلّا أن تسلم فى العدة.

و لا- يعد الفسخ فى الطلقات و إن قلنا بأنّه ساواه فى لزوم المهر كلّا أو نصفا، فإنّ المساواة فى شى‌ء لا يستلزمها فى غيره، فلا تحرم عليه به مع طلقتين و إن قلنا بمساواته الطلاق فى المهر.

فلو أسلم الوثنى أو الكتابى عن وثنية قبل الدخول وجب نصف المسمّى إن كان مباحا و الأقوى الاقتصار فى التنصيف على الطلاق، فإنّه المنصوص المتفق عليه، و حمل الفسخ عليه قياس و إلّا وجب نصف قيمته أو نصف مهر المثل إن لم تقبضن منه شيئا فى الكفر و يحتمل المتعة لأنّه لفساد المهر بمنزلة التفويض، و طلاق المفوّضة يوجب المتعة.

و لو لم يسمّ مهرا فلها المتعة و يحتمل عدم وجوب شى‌ء، لأصالة البراءة، و الحمل على المطلقة قياس، و ربّما احتمل نصف مهر المثل.

و إن كان إسلامه بعده أى الدخول وجب المسمّى أو قيمته أو مهر المثل على التفصيل المذكور، فالمسمّى إن كان مباحا، و إلّا فأحد الآخرين.

و لو أسلمت دونه قبل الدخول سقط المهر، لأنّه فسخ منها و بعده لها المسمّى إن كان مباحا، و إلّا فالقيمة أو مهر المثل كما تقدّم.

و لو اعترفا بالسبق و لم يعلم أيّهما السابق و كان ذلك قبل الدخول لم يكن للمرأة المطالبة بشى‌ء من المهر إن لم تقبض لعدم العلم بالاستحقاق. و فيه أنّ العقد موجب للمهر، و لكنه مراعى إلى أن يطرأ المسقط، و الأصل عدمه.

و إن قبضته فللزوج المطالبة بنصفه خاصّة لأصالة براءتها من الزائد، و لتحقق العقد الموجب للمهر، و عدم العلم بالمسقط. ثمّ توقف الأمر فى نصف المهر و استحقاقها أو استحقاقه له على التقديرين أى تقديرى قبضها و عدمه حتى يتبيّن الحال فيظهر الاستحقاق أو عدمه.

و يلحق بالارتداد الإباق لما روى عن عمّار الساباطى و حكم الأعمى عن الصادق عليه السّلام أنّ إباق العبد طلاق زوجته و أنّه

بمنزلة الارتداد، فإن رجع إليها و هى فى العدة فهو أملك بها، و إن عاد و قد تزوّجت بعد العدة فلا سبيل له عليها «۱». و الطريق ضعيف و لكن عمل به الشيخ فى النهاية «۲».

و كذا ابن حمزة «۳» و نصّ على التخصيص بأمة غير مولاه، و يعطيه كلام الشيخ أيضا.

و لفظ الرواية.

و زاد فى المختلف فى دليله أنّه لمّا كان الارتداد الذى هو خروج عن طاعة اللّه الواجب عليه، فاسخا للنكاح، فكذا الخروج عن طاعة السيد الواجبة عليه «۴» و هو أضعف من الأوّل.

فالأقوى وفاقا لابن إدريس «۵» و المصنف «۶» و المحقق «۷» العدم، و يدلّ عليه الأصل و الاحتياط.

[خاتمة للباب الثالث]

خاتمة للباب الثالث فيمن يكره العقد عليها و ما يفسد من الأنكحة لذاته لا لحرمة المنكوحة.

يكره العقد على القابلة المربّية و بنتها وفاقا للمشهور، جمعا بين صحيح البزنطى سأل الرضا عليه السّلام يتزوّج الرجل المرأة التى قبّلته، فقال: سبحان اللّه ما حرّم اللّه عليه من ذلك «۸». و نحو خبر إبراهيم بن عبد الحميد سأل أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبّل الرجل إله أن يتزوّجها؟ فقال: إن كانت قبّلته المرة و المرتين و الثلاث فلا بأس، و إن كانت قبّلته و ربّته و كفلته فإنّى أنهى نفسى عنها و ولدى.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۸۲- ۵۸۳ ب ۷۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۳۹۹.

(۳) الوسيلة: ص ۳۰۷.

(۴) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۹۱.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۶۴۱.

(۶) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۹۱.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۲۹۹.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۸۷ ب ۳۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۶.

و فى خبر آخر: و صديقى «۱». و لفظه يرشد إلى الكراهة.

و فى المقنع: لا تحلّ القابلة للمولود و لا ابنتها، و هى كبعض أمهاته. و فى حديث آخر: إن قبّلت و مرّت فألقوا بل أكثر من ذلك، و إن قبّلت و ربّت حرّمت عليه «۲» انتهى.

و فى خبر أبى بصير عن الصادق عليه السّلام قال: لا يتزوّج المرأة التى قبّلته و لا ابنتها «۳». و سأل الباقر عليه السّلام جابر عن القابلة أ يحل للمولود أن ينكحها؟ قال: لا، و لا ابنتها هى بعض أمّهاته «۴». و هما ضعيفان معارضان بما مرّ، و بعموم «مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» فلا بد من الحمل على الكراهة، و لا بأس بالقول بالكراهة مطلقا لإطلاقهما و تأكدها إذا ربّته.

و يكره تزويج ابنه بنت امرأته إذا ولدتها من غيره بعد مفارقته لنحو صحيح إسماعيل بن همام عن الرضا عليه السّلام قال: قال

محمّد بن علىّ عليه السّلام: فى الرجل يتزوّج المرأة و يتزوّج ابنتها ابنه، فيفارقها و يتزوّجها آخر بعده فتلد منه بنتا، فكره أن يتزوّجها أحد من ولده، لأنّها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزلة الأب، و كان قبل ذلك أبا لها «۵».

و لا يحرم للأصل و العموم، و نحو صحيح العيص سأل الصادق عليه السّلام عن الرجل يطلق المرأة، ثمّ خلّف عليها رجل بعده، ثمّ ولدت للآخر، هل يحلّ ولدها من الآخر لولد الأوّل عن غيرها؟ قال: نعم «۶».

و لا كراهة لابنة السريّة من غيره على ابنه، للأصل من غير معارض، و صحيح العيص سأل الصادق عليه السّلام عن رجل أعتق سريّة ثمّ خلّف عليها رجل بعده،

---

(۱) المصدر السابق: ح ۷.

(۲) المقنع: ص ۱۰۹.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۸۷ ب ۳۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۸.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۸۶ ب ۳۹ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۶۵ ب ۲۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۵.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۶۴ ب ۲۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۱.

ثمّ ولدت للآخر، هل يحلّ ولدها لولد الذى أعتقها؟ قال: نعم «۱».

و لا يكره ابنة الزوجة من غيره إذا ولدتها قبل نكاحه بها للأصل من غير معارض، و نحو خبر زيد بن الجهم الهلالى سأل الصادق عليه السّلام عن الرجل يتزوّج امرأة و يزوّج ابنه ابنتها، فقال: إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوّج بها فلا بأس «۲».

و يكره التزويج بضرّة الأم مع غير الأب قبله أو بعده، لصحيح زرارة سمع الباقر عليه السّلام يقول: ما أحب للرجل المسلم أن يتزوّج ضرّة كانت لامه مع غير أبيه «۳».

و لعلّ المحقق فهم من المضى هنا التقدم على نكاح الأب، فلذا خصّ الكراهة فى الشرائع به «۴» و هو غير متعيّن، بل الظاهر التقدّم على التزويج.

و بالزانية قبل أن تتوب وفاقا للمشهور، و للأصل «۵». و الأخبار و هى كثيرة، كقول الصادق عليه السّلام فى صحيح زرارة: من أقيم عليه حدّ الزنا، أو شهّر بالزنا، لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبة «۶». و حرّمها الحلبى «۷» لظاهر الآية.

و أجيب بالمعارضة بعموم «مَا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» «۸» وَ «أَنْكِحُوا الْأَيٰامىٰ مِنْكُمْ» «۹» مع أنّها ليست نصّا فى ذلك، لجواز كون النكاح بمعنى الوطء.

و لو تزوّج بامرأة و لم يعلم بأنّها زانية لم يكن له الفسخ حدّث أم لا و لا الرجوع على وليّها بشىء من مهرها، و قد مرّ الخلاف فيه.

و يحرم نكاح الشغار بالإجماع و النص، كقوله عليه السّلام: لا شغار فى

---

(۱) المصدر السابق: ذيل الحديث ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۶۴ ب ۲۳ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۸۹ ب ۴۲ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۱.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۱.

(۵) فی «ن»: و الأصل.

(۶) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۳۳۵ ب ۱۳ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة ح ۲.

(۷) الکافی فی الفقه: ص ۲۸۶.

(۸) النساء: ۲۴.

(۹) النور: ۳۲.

الإسلام «۱». و اشتقاقه من شغر الرجل المرأة رفع رجلها للنکاح، و منه قولهم: أشغرا و فخرا. و هو جعل نکاح امرأة أی بضعها و هو الاستمتاع بها، فالنکاح بمعنی الوطء مهر اخری فیبطل نکاح الممهورة أی الأخری بالنص «۲» و الإجماع. و من العامة من أفسد المهر خاصّة «۳» للزوم تشریک البضع بین کونه ملکا للزوج و کونه مهرا للزوجة، مع أنّ البضع ممّا لا یصلح أن یکون مهرا.

و لو دار الأمر بأن یجعل بضع کلّ مهرا للأخری بطلا و فی أکثر الأخبار الاقتصار فی تفسیره علی الأخیر المشتمل علی الدور.

و لو زوّج کلّ من الولیین صاحبه علی مهر معلوم صحّ النکاح و المهر بلا إشکال، و کذا لو لم یذکر المهر صحّ النکاح و کانتا مفوّضتین.

و لو شرط کلّ منهما فی نکاحها تزویج الأخری بمهر معلوم صحّ العقدان و بطل المسمی، لأنّه شرط معه تزویج و هو أی التزویج غیر لازم لا سیّما و قد اشترط علی غیر الزوجة، فلا یلزمها الوفاء و یلزم من عدم لزومه عدم لزوم المشروط.

و النکاح لا یقبل الخیار فلا یجوز أن یجعل شرطا للنکاح، و إلّا لزم الخیار فیه إذا لم یتحقق الشرط، فلا بد أن یکون شرطا للمسمّی، و یلزم منه أن یکون جزء منه، فإنّ الشرط المقرون بأیّ عوض کان جزء منه، کما أنّ الأجل جزء من الثمن أو المثمن، و هو أمر مجهول، فیوجب جهل المسمّی فیبطل و لا یبطل ببطلانه النکاح فیثبت مهر المثل.

و فی الشرائع: أنّ فیه تردّدا «۴» من أنّه شرط فاسد اشتمل علیه العقد، فینبغی أن یفسد، و لا یجدی الضم إلی المهر، فإنّه لا یخرجه عن الاشتراط فی العقد. أو أنه لا یلزم من عدم قبول النکاح للشرط أن لا یشترطه العاقد، فینبغی التفصیل بأنّه إن

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۲۲۹ ب ۲۷ من أبواب عقد النکاح، ح ۲.

(۲) المصدر السابق: ح ۳.

(۳) سنن البیهقی: ج ۷ ص ۲۰۰.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۱.

شرط به النکاح بطل، و إن شرط به المهر بطل المهر دونه. أو من أنّه شرط سائغ یمکن الوفاء به إذا کان الزوج کفوا و کان للولی قهر المولّی علیها علی النکاح أو رضیت المولّی علیها و جواز الشرط لا یوجب جواز المشروط، بل لزوم المشروط یوجب لزوم الشروط. أو منع أنّ فساد الشرط یوجب فساد المشروط، فلا یفسد المهر إن شرط فیه، و لا النکاح إن شرط فیه.

و کذا یصحّ العقد و یبطل المهر لو زوّجه و شرط أن ینکحه ابنته علی أن یکون ذلک مهرا و لم یذکر مهرا غیره فیثبت النکاح و مهر المثل.

و يجوز أن يريد بالإشارة الصحة، أي يصحّ العقد مع هذا الشرط إذا لم يذكر مهرا و لا جعل النكاح مهرا، و هو أوفق بالعبارة، و الأوّل بالمبسوط «۱».

و لو قال: زوّجتك بنتى على أن تزوّجنى بنتك على أن يكون نكاح بنتى أى بضعها مهرا لبنتك، بطل نكاح بنت المخاطب إذا زوّجها كذلك، فإنّه شغار بالنسبة إليها دون بنته، إلّا إذا قصد تعليق تزويجها بتزويج المخاطب بنته. و لا يفسد نكاحها جعله مهرا، بل غايته إلغاء هذا القيد.

و لو قال: على أن يكون نكاح بنتك أى بضعها مهرا لبنتى، بطل نكاح بنته إذا زوّجها كذلك، لا بنت المخاطب لذلك.

و لا فرق فى فساد الشغار بين أن يكون البضع مهرا أو جزءه لعموم الأدلّة، فإن جزء المهر مهر فلو قال: زوّجتك بنتى على أن تزوّجنى بنتك، و يكون بضع كلّ واحدة مع عشرة دراهم صداقا للأخرى بطلا إذا زوّج المخاطب بنته «۲» كذلك.

و لو قال: زوجتك جاريتى على أن تزوّجنى بنتك و تكون رقبة جاريتى صداقا لبنتك، صحّ النكاحان فنكاح الجارية لأنّه لم يشتمل على شغار و نحوه، و إنّما اشترط فيه شرط يجوز فيه الوفاء و عدمه، فغايته فساد الشرط و نكاح البنت لقبول الرقبة للنقل و هى التى جعلت مهرا.

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۵.

(۲) فى النسختين: بنتها، و هو سهو.

و ليس نكاحها تشريكا للزوج و المرأة فيما تناوله عقد النكاح و هو البضع ليكون شغارا، فإنّ الرّقبة غير البضع و إن تبعها.

و يبطل المهر لكلّ منهما إن زوجة الآخر بنته على تزويج الجارية، و كون الرقبة مهرا لأنّه شرط نكاح إحداهما فى الأخرى و قد عرفت أنّه ليس شرطا فى النكاح، فجعل جزء المهر نكاح البنت و مهر النكاح الجارية.

و يجب لكلّ منهما مهر المثل فالضابط أنّ كلّ نكاح جعل البضع فيه مهرا أو جزءه أو شرطه فهو باطل، و إن جعل النكاح مهرا أو جزءه أو شرطه فى نكاح بطل المسمّى دون النكاح. و إن جعل شرطا فى النكاح، فإن علّق به بطل قطعا، و إلّا فالظاهر فساد الشرط، و يحتمل فساد المشروط أيضا. و أمّا الرقبة فليست من البضع و النكاح فى شى‌ء، فيجوز جعلها مهرا أو جزءه أو شرطه لا شرطا فى النكاح.

و لو زوّج عبده من امرأة و جعل رقبته صداقا لها بطل المهر، لأنّ صحته يؤدى إلى فساده، لأنّ صحته يوجب ملكها له، و الملك يمنع العقد و إذا امتنع العقد فيبطل المهر إذ لا مهر حيث لا عقد و يثبت مهر المثل و يصحّ العقد لأنّ فساد المهر لا يوجب فساده، لجواز خلوّه عنه رأسا، و يأتى فى أسباب فساد الصداق أنّه يوجب فساد العقد، لأنّ الملك يمنع منه استدامة، فأولى بأن يمنع الابتداء، لأنّه أضعف من الاستدامة، و لاقترانه بضدّه، و إنّما يتم لو قرن بالتمليك، و إنّما قرن بالإصداق، و إنّما يستلزم التمليك مع الصحة و قد حكمنا بفساده.

و لو شرطت المطلقة ثلاثا على المحلّل فى عقد النكاح رفع النكاح أى ارتفاعه بنفسه «۱» بعد التحلّل و هو الإصابة فالأقرب بطلان العقد لأنّه ليس من حقيقة النكاح فى شى‌ء، لا من الدائم و لا المنقطع، فإنّه نكاح

---

(۱) فى المطبوع: فى نفسه.

منقطع بالإصابة، و ليس ذلك بنكاح شرعي. و حكى عليه الإجماع فى المبسوط «۱» و عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لعن المحلّل و المحلل له «۲» و انّما سمّاه التيس المستعار.

و ربّما قيل: بصحة العقد و فساد الشرط، و ينسب إلى الشيخ «۳» لأنّ غايته فساد الشرط، و لا يلزمه فساد المشروط، و فساده ظاهر ممّا ذكرناه.

و لو شرطت على المحلّل الطلاق بعد التحلّل بل على الزوج الطلاق قيل فى الخلاف «۴» و المبسوط «۵»: صحّ العقد إذ لا موجب لفساده، و إنّما قارنه شرط أمر «۶» غير لازم، فضلا عن أن يكون فاسدا دون الشرط أى لا يلزم الوفاء به لا أنّه فاسد، و هذا معنى البطلان الواقع فى المبسوط و الخلاف، و أنّ المسمى باطل، لأنّها إنّما رضيت به لأجل الشرط، فإذا سقط زيد على المسمّى مقدار ما نقص لأجله، و هو مجهول، فصار الكلّ مجهولا. فلو دخل فلها مهر المثل كذا فى المبسوط «۷» و هو داخل فى حيّز القيل، و هو الذى لم يرتضه المصنف، حيث نسبه إلى القيل، و إلّا فالوجه أنّ العقد صحيح قولا واحدا، فإنّ الخلاف إنّما هو فيما إذا اقترن بشرط فاسد، و قد عرفت أنّه ليس بفاسد، إلّا أن يقال: إنّ اشتراط الطلاق يرشد إلى أنّها لم يوقع النكاح على وجهه، بل منقطعا لا على الوجه المعتبر فيفسد.

و لو لم يصرّحا به أى بشرط الطلاق أو ارتفاع النكاح و كان فى نيّتهما أو نيّة أحدهما الطلاق أو الارتفاع صحّ العقد و المهر لعدم المفسد لشيء منهما، و لعلّه موضع وفاق، لكنه مكروه على ما فى الخلاف «۸» و المبسوط «۹» و لا بد من أين يكونا استعملا النكاح فى حقيقته، لكنهما يظنان أنّه يرتفع بالتحلل،

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۷.

(۲) سنن الدارمى: ج ۲ ص ۱۵۸.

(۳) نسبه إليه فخر المحققين فى إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۱۲۴.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۳۴۳ المسألة ۱۲۰.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۷.

(۶) فى «ن»: آخر.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۷- ۲۴۸.

(۸) الخلاف: ج ۴ ص ۳۴۴ المسألة ۱۲۱.

(۹) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۸.

أو ينويان إيقاع الطلاق بعده. فلو أدخلاهما أو أحدهما فى معنى النكاح لم يصحّ الأوّل، لما عرفت من خروجه عن حقيقة النكاح. و ربّما احتمل الثانى الفساد على قياس ما مرّ فى اشتراط الطلاق.

و تحلّ على المطلق الأوّل فى كلّ موضع يصحّ فيه العقد مع الدخول، و لا تحلّ له مع البطلان لاشتراط التحلّل بالدخول فى النكاح الصحيح.

[تتمّة]

تتمّة لقسم النكاح الدائم الوطء فى الدبر للمرأة أو الأمة مكروه و ليس محرّما فى المشهور، حكى عليه الإجماع فى الانتصار «۱»

و الخلاف «۲» و الغنية «۳» و السرائر «۴» و يدلّ عليه الأصل و الأخبار، منها صحيح صفوان بن يحيى قال للرضا عليه السّلام: إنّ رجلا من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة فهابك و أستحيي منك أن يسألك عنها، قال: ما هي؟ قال: قلت: الرجل يأتي امرأته في دبرها؟ قال: نعم ذلك له، قال:

قلت: فأنت تفعل ذلك؟ قال: أنا لا أفعل ذلك «۵» و هو يرشد إلى الكراهة، و عموم قوله تعالى «نِسٰاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنّٰى شِئْتُمْ» «۶» فإنّ «أنّى» حقيقة في معنى «من أين» «۷» و عموم «إِلّٰا عَلىٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ» و ربّما أيّد بقوله تعالى «هٰؤُلٰاءِ بَنٰاتِي هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ» «۸» فإنّهم كانوا يشتهون الأدبار.

و القمّيون «۹» و ابن حمزة «۱۰» و الشيخ أبو الفتوح الرازي «۱۱» و الراوندي في

---

(۱) الانتصار: ص ۱۲۵.

(۲) الخلاف: ج ۴ ص ۳۳۸ المسألة ۱۱۷.

(۳) الغنية: ص ۳۶۱.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۰۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۰۲ ب ۷۳ من أبواب مقدماته و آدابه ح ۱.

(۶) البقرة: ۲۲۳.

(۷) في «ن» بدل «معنى من أين»: عموم المكان أو الكيفية فيدل على عموم مكان الإتيان أو كيفيته.

(۸) هود: ۷۸.

(۹) حكاه عنهم في التنقيح: ج ۳ ص ۲۳.

(۱۰) الوسيلة: ص ۳۱۳.

(۱۱) روح الجنان: في تفسير الآية ۲۲۴ من سورة البقرة.

اللباب «۱» و السيّد أبو المكارم صاحب بلابل القلاقل «۲» على الحرمة لأخبار ليس فيها صحيح «۳» مع معارضتها بأخبار الجواز «۴».

و لقوله تعالى «فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللّٰهُ» «۵». و جوابه: أنّه بمعنى: من الجهة التي أباحها اللّٰه لكم [و أنّه أمر بعد الحظر فلا يفيد إلّا الإباحة] «۶». و للأمر بالاعتزال في المحيض للأذى، و الأذى بالنجو أعظم. و هو ممنوع، على أنّ الأذى ربما كان لغير النجاسة من فساد الولد و نحوه. و يؤيّده أنّ دم الاستحاضة نجس، و لا يجب الاعتزال له.

و لأنّه إنّما أمر بإتيان الحرث و موضع الحرث إنّما هو القبل. و فيه: أنّه سمى المرأة نفسها حرثا لشبهها بموضعه، ثمّ أباح إتيانها أنّى شئنا، و هو لا يستدعي الاختصاص بموضع الحرث، و لذا يجوز التفخيذ و نحوه اتفاقا.

و في كشف الرموز لتلميذ المحقّق: و كان فاضل منّا شريف يذهب إليه- يعني التحريم- و يدعى أنّه سمع ذلك مشافهة عمّن قوله حجّة «۷».

و هو على ما نصّ عليه الشيخ «۸» و كثير كالقبل في جميع الأحكام حتى ثبوت النسب فلو وطأها في الدبر و أتت بالولد لستّة أشهر فصاعدا لحق به الولد، مع بعده جدّا. و تقرير المسمّى فلو طلّقها بعده لزمه تمامه.

و الحدّ حد الزاني إن وطأ الأجنبيّة لا لشبهة. و مهر المثل لو وطأها مع فساد العقد أو المهر. و العدّة فلو طلّقها كانت عليها عدّة

المدخول بها.

و تحريم المصاهرة فتحرم عليه بنتها أبدا، و الأخت المملوكة جمعا.

---

(١) لا يوجد لدينا.

(٢) مخطوط.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ١٠١ ب ٧٢ من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه.

(۴) المصدر السابق: ص ١٠٢ ب ٧٣.

(۵) البقرة: ٢٢٢.

(۶) في المطبوع بدل ما بين المعقوفتين: و الأوّلون يعمّونها للدبر و يجعلون القيد للتعميم، أو بمعنى:

من الجهة التي ندبكم إليها، و هي القبل، و إنّما خصّ لاختصاصه بالاعتزال في الحيض.

(٧) كشف الرموز: ج ٢ ص ١٠۵.

(٨) المبسوط: ج ۴ ص ٢۴٣.

إلّا في التحليل فلا تحلّ للمطلق ثلاثا إلّا بالوطء قبلا بلا خلاف كما في المبسوط قال: لقوله عليه السّلام: حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك. و هي لا تذوق العسيلة في دبرها «١».

و الإحصان فلا يثبت له به الإحصان بلا خلاف كما في المبسوط «٢» فلا يحدّ من لا يقدر على وطء زوجته إلّا في الدبر إذا زنى حدّ المحصن.

و استنطاقها في النكاح فلا يزول به بكارتها، فيكفي سكوتها في الرضا بالنكاح- و قد تقدّم مع خلافه- و إلّا في نقض الصوم و وجوب الكفارة به و وجوب الغسل فقد اختلف فيها، و قد تقدّم من المصنف مساواته للقبل فيها و في أنّه لا غسل عليها بخروج المني من دبرها، بخلاف ما لو وطأت قبلا، فإنّ فيه وجها بوجوب الغسل، إلّا أن تعلم أن ليس في الخارج من منيّها شي‌ء، و هو في الحقيقة أمر خارج عن أحكام الوطء، فلا حاجة إلى استثنائه.

و في الخروج من الإيلاء فإنّه لا يحصل الفئة إلّا بالوطء في القبل، و هو من جهة أنّ الإيلاء لا يقع إلّا به دون الوطء دبرا، فلا حاجة إلى استثنائه أيضا.

و العزل عن الحرة الدائمة إذا لم يشترط في العقد جائز عند الأكثر للأصل و الأخبار، كصحيح محمّد بن مسلم سأل الصادق عليه السّلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء «٣».

و لكنه مكروه لأنّه تضييع للنطفة، و لأنّ لها في الإنزال حقّا من جهة الولد و من جهة اللذة، فإن كمال اللذة به، و للأخبار، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام سئل عن العزل، فقال: أمّا الأمة فلا بأس، و أمّا الحرّة فإنّي أكره ذلك، إلّا أن يشترط عليها حين يتزوّجها «۴».

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢۴٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ١٠۵ ب ٧۵ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه ح ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۰۶ ب ۷۶ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه ح ۱.

و قيل فى الخلاف «۱» و المبسوط «۲»: إنّه حرام و هو ظاهر المقنعة «۳» للإجماع على ما فى الخلاف «۴» و لوجوب الكفارة به، و لنهى النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عنه، و قوله: أنّه الوأد الخفى «۵» و لأنّ غرض الشارع من النكاح الاستيلاد، و هو ينافيه، و لأنّ فيه تفويتا لحقها كما عرفت. و فى الكلّ نظر، فالكراهة أقوى. و فى خبر يعقوب الجعفى عن أبى الحسن عليه السّلام: لا بأس بالعزل فى ستة وجوه: المرأة إذا أيقنت أنّها لا تلد، و المرأة المسنّة، و المرأة السليطة، و البذية، و المرأة التى لا ترضع ولدها، و الأمة «۶».

و على كلا التقديرين يجب عليه للزوجة دية ضياع النطفة خلافا لابن إدريس «۷» و يأتى الكلام فيه فى الديات، و هى عشرة دنانير لثبوت الدية لها بالنصّ الصحيح «۸» على من فوّتها، و إذا ثبت للشىء دية، فلا فرق فى تفويته بين المفوّتين، إلّا أن يدل عليه دليل، و ليس هنا، و لا ينافى وجوبها جواز العزل.

و يحرم على الرجل الحاضر عند زوجته ترك وطء زوجته الدائمة أكثر من أربعة أشهر ذكره أكثر الأصحاب، و يدلّ عليه كونها مدة التربص فى الإيلاء، و أنّ عمر سألهنّ عمّا يصبرن فيه فأخبرن بفناء صبرهن إذا مضت أربعة أشهر «۹» و لم يفرقوا بين الشابة و غيرها.

و فى الصحيح أنّ صفوان بن يحيى سأل الرضا عليه السّلام عن الرجل تكون عنده المرأة الشابة، فيمسك عنها الأشهر و السنة لا يقربها، ليس يريد الإضرار بها تكون

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۳۵۹ المسألة ۱۴۳.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۷.

(۳) المقنعة: ص ۵۱۶.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۳۵۹ المسألة ۱۴۳.

(۵) سنن البيهقى: ج ۷ ص ۲۳۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۰۷ ب ۷۶ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه ح ۴.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۶۰۷.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۹ ص ۲۳۸ ب ۱۹ من أبواب ديات الأعضاء قطعة من حديث ۱.

(۹) الحاوى الكبير: ج ۱۰ ص ۳۳۹.

لهم مصيبة يكون بذلك آثما؟ قال: إذا تركها أربعة أشهر كان آثما بعد ذلك. و زاد فى طريق آخر: إلّا أن يكون بإذنها «۱».

و يحرم الدخول بها قبل تسع سنين بالنصّ «۲» و الإجماع فإن دخل فأفضاها حرمت عليه أبدا إلّا أن يندمل الموضع و إلّا يفضها فلا يحرم عليه، و إن فعل حراما بوطئها قبل التسع، و قد تقدّم.

و يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلا للخبر «۳» و الأهل يشمل الزوجة و غيرها.

و يحتمل الاختصاص بما بعد المبيت، لرواية جابر قال: كنّا مع النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فى غزوة فلما قدمنا ذهبنا لندخل فقال: أمهلوا حتى ندخل ليلا- أى عشيا- لكى تمتشط الشعثة و تستحد المغيبة «۴». و عن جابر: نهى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و

آله و سلّم أن يطرق الرجل أهله ليلا إذا جاء من الغيبة حتى يؤذنهم «۵».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۰۰ ب ۷۱ من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۷۰ ب ۴۵ من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۹۳ ب ۶۵ من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه.

(۴) صحيح البخارى: ج ۷ ص ۵۰.

(۵) المصدر السابق.

[الباب الرابع فى باقى أقسام النكاح]

اشارة

الباب الرابع فى باقى أقسام النكاح و هى المنقطع و ملك الرقبة [و ملك المنفعة] «۱» و أمّا العقد على الإماء فهو داخل فى الدائم و المنقطع.

و فيه مقصدان:

[المقصد الأول فى المنقطع و فيه فصلان]

اشارة

الأوّل فى المنقطع و هو سائغ فى شرع الإسلام فيه إشارة إلى إطباق المسلمين على شرعه، و هو كذلك.

لكن منهم من ادّعى الفسخ و فيه فصلان:

[الأوّل فى أركانه]

اشارة

الأوّل فى أركانه أى فيما يدخل فى مفهومه فى عرف المتشرعة و هى أربعة: بجعل المتعاقدين واحدا لكونهما معا، فاعلا واحدا للعقد، لما عرفت من أنّ العاقد يشملهما شمول الكلّ لأجزائه.

[الركن الأوّل العقد]

الركن الأوّل: العقد ألفاظ الإيجاب هنا كالدائم أى كألفاظ إيجابه، و هى زوّجتك

---

(۱) لم يرد فى ن.

و أنكحتك و متعتك و لا ـ خلاف هنا فى الثالث، و لكن لا بدّ فى جميع ما ذكر من التقييد بكذا مهرا مدّة كذا و لا ينعقد بالتمليك و الهبة لنفسها أو بضعها و الإجارة و البيع و الإباحة و غيرها لعين ما ذكر فى الدائم.

و قال السّيد فى الطبريات: فأمّا نكاح المتعة فينعقد بما ينعقد به المؤبّد من الألفاظ، و قوله: أمتعينى نفسك و اجرينى أيضا «۱». و عنه: أنّ تحليل الأمة عقد متعة فينعقد بالإباحة أيضا «۲».

و أجاز الحلبى «۳» و القاضى «۴» أن يقال لها: متّعينى نفسك بكذا مدّة كذا، فتقول: قبلت. فيقول الرجل: قبلت.

و القبول كلّما يدلّ على الرضا من ألفاظ كقبلت، و رضيت مطلقا، أو مقيدا بلفظ الإيجاب، أو بمعناه، كأن تقول: زوّجتك نفسى، فيقول: قبلت النكاح.

و لو قدّمه على الإيجاب فقال: تزوّجت بك على كذا فى مدّة كذا فقالت: زوجتك صحّ كما مرّ فى الدائم.

و لا بد من صيغة الماضى فى الطرفين لما تقدّم و قيل: لو قال:

أتزوّجك بكذا مدّة كذا منشئا، فقالت: زوجتك صحّ لما تقدّم. و يحتمل على القول بجواز تقديم القبول بصيغة الأمر فى الدائم جوازه هنا. و نصّ سلار على اختصاصه بجواز أن يعقد بقوله: متّعينى نفسك «۵».

[الركن الثانى المتعاقدان]

الركن الثانى: المتعاقدان و يجب كونهما كاملين بالبلوغ، و العقل، و الحرية، أو الإذن و إسلام الزوجة، أو كونها كتابية على المختار، و إذا تمتع بها فيمنعها من الخمر،

---

(۱) الناصريات: ص ۳۲۵.

(۲) حكاه عنه ابن إدريس فى السرائر: ج ۲ ص ۶۲۷، راجع الانتصار: ص ۱۱۸.

(۳) الكافى فى الفقه: ص ۲۹۸.

(۴) المهذب: ج ۲ ص ۲۴۰.

(۵) المراسم: ص ۱۵۵.

و لحم الخنزير لما عرفت من النص. و من ارتكاب سائر المحرّمات لوجوب النهى عنها مطلقا بالشروط المعلومة.

و إسلام الزوج و إيمانه إن كانت الزوجة كذلك أى مسلمة مؤمنة، أو إسلامه إن كانت مسلمة، و إيمانه إن كانت مؤمنة، و قد تقدّم الخلاف فى اشتراط إيمانه إن كانت مؤمنة.

و تحرم الوثنية و الناصبيّة «۱» المعلنة بالعداوة لأهل البيت صلوات اللّه و سلامه عليهم، و إلّا فالعامّة ناصبة، لكن لا يسمون بها، لعدم الإعلان.

و الأمة على الحرّة إلّا بإذنها فيقف نكاحها لا بإذنها على إجازتها أو يبطل على خلاف تقدّم.

و كذا يحرم إدخال بنت الأخ أو الأخت على العمة و الخالة إلّا مع إذنهما فيقف أو يبطل على الخلاف.
و لو فسخت الحرّة، أو العمة، أو الخالة بطل إجماعا و على الجملة فيأتى هنا جميع ما تقدّم فى الدائم، لعموم الأدلّة.
و يكره الزانية فى المشهور، و قيل: تحرم «٢» للآية «٣» فيمنعها عن الزنا لو فعل لوجوب النهى عن المنكر. و ليس المنع شرطا فى صحة النكاح كما قد يعطيه كلام القاضى «۴» للأصل، و لعلّه إن جعله شرطا، فقد استند إلى قول الباقر عليه السّلام فى خبر زرارة، قال: لا بأس بأن يتزوّجها و يحصنها «۵».
أو احترز عن اختلاط النسب.
و يكره عدم استئذان الأب فى البكر على القول بجواز تزويجها نفسها بدون إذنه، للعيب عليها و على أهلها و للأخبار «۶» و التمتع ببكر ليس

---

(١) فى «ن» الناصبة.
(٢) المقنع: ص ١١٣.
(٣) النور: ٣.
(۴) المهذب: ج ٢ ص ٢۴١.
(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٣٣ ب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢.
(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴۵٧ ب ١١ من أبواب المتعة.

لها أب للعيب، و النهى عن التمتع بالبكر مطلقا. فلا يقتضّ لو فعل للعيب، و النهى عنه فيما لو تمتع بها و لها أب بغير إذنه.
و ليس شيء من التزوج بها مع فقد الأب أو إذنه و الاقتضاض محرما للأصل و العمومات.
و حرّم الصدوق «١» و الحلبى «٢» التمتع بدون الإذن، و جعله القاضى أحوط «٣».
و حرّم الشيخ فى النهاية الاقتضاض إذا كان لها أب و لم يستأذن «۴» للأخبار «۵» و حملت على الكراهة جمعا.

[الركن الثالث المهر]

الركن الثالث: المهر و هو شرط فى المتعة خاصّة، فلو أخلّ به بطل العقد بالنصّ «۶» و الإجماع. و لعلّ السرّ فى الفرق بينها و بين الدائمة أنّ الغرض الأصلى من الدوام النسل، و منها الاستمتاع و قضاء الشهوة، فنكاحها شديد الشبهة بالمعاوضة، و لذا سميت متعة و مستأجرة، و مهرها فى الغالب أجرة.
و يشترط فى المهر الملكية، و العلم بقدره كيلا أو وزنا أو عددا أو مشاهدة و إن كان ممّا يوزن أو يكال أو يعدّ، و إن لم يجز فى غيره من المعاوضات، فإنّه ليس معاوضة محضة، و بها يندفع الغرر أو وصفا رافعا للجهالة الموجبة للغرر.
و لا حدّ له قلّة و كثرة للأصل و الأخبار «٧» و حدّ الصدوق القلّة بدرهم «٨» لقول الباقر عليه السّلام فى خبر أبى بصير: يجزى الدرهم فما فوقه «٩». و هو مع الضعف

---

(١) المقنع: ص ١١٣.

(٢) الكافى فى الفقه: ص ٢٩٩.

(٣) المهذب: ج ٢ ص ٢٤١.

(۴) النهاية: ج ٢ ص ٣٧۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴۵٧ ب ١١ من أبواب المتعة.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴۶۵ ب ١٧ من أبواب المتعة ح ١.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٧٠ ب ٢١ من أبواب المتعة.

(٨) المقنع: ص ١١٣.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٧٠ ب ٢١ من أبواب المتعة ح ١.

و المعارضة لا يدلّ على التحديد، كما أنّه لا تحديد فى قول الصادق عليه السّلام للأحول و قد سأله عن أدنى ما يتزوّج به الرجل متعة: كفّ من بر «١». و لأبى بصير و قد سأله عنه، كفّ من طعام: دقيق أو سويق أو تمر «٢». مع أنّه أقرب إلى إبهام التحديد.

و يجب دفعه بالعقد وجوبا مراعى فإن دخل استقرّ إن وفت بالمدّة المشروطة، فمكنته من نفسها فيها.

و إن أخلّت ببعضها وضع منه بنسبتها إلى ما أخلت به منها للأخبار، كخبر عمر بن حنظلة قال للصادق عليه السّلام: أتزوّج المرأة شهرا بشيء مسمّى فتأتى بعض الشهر و لا تفى ببعض، قال: تحبس من صداقها بقدر ما احتبست عنك إلّا أيام حيضها «٣» و ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، و يؤيّده شبهه بالأجرة. و حكى عن المفيد «۴» و المرتضى «۵» وجوب الدفع عقيب العقد، و هو نصّ المهذب «۶» فيحتمل كون الباء للمصاحبة.

و لو وهبها المدّة قبل الدخول لزمه النصف أمّا وقوع الهبة فعليه الأصحاب، و الأخبار و هى بمعنى الإبراء، فلا يفتقر إلى القبول، و الحكمة تقتضيه، فإنّه لا يقع بها طلاق. و ربّما أريد الفراق، فلو لم يصحّ الهبة لم يقع الفراق بوجه، و هو حرج عظيم.

و أمّا سقوط النصف بها قبل الدخول فهو مقطوع به فى كلام الأصحاب، و حكى عليه الإجماع فى السرائر «٧» و به مقطوع زرعة عن سماعة قال: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتع بها ثمّ جعلته فى حلّ من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم إذا جعلته فى حلّ فقد قبضته منه، فإن خلاها قبل أن

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٧١ ب ٢١ من أبواب المتعة ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٧١ ب ٢١ من أبواب المتعة ح ۵.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٨٢ ب ٢٧ من أبواب المتعة ح ۴.

(۴) المقنعة: ص ۵١٠.

(۵) الانتصار: ص ١١٠.

(۶) المهذب: ج ٢ ص ٢٠٠.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ۵٨۴.

يدخل بها ردّت المرأة على الزوج نصف الصداق «١». و الخبر لضعفه لا يصلح مستندا، فإن لم يكن عليه إجماع توجّه وجوب الجميع لوجوبه بالعقد، و حمله على الطلاق قياس. إلّا أن يقال: إنّه بمنزلة الأجرة، و لا اجرة إذا وهبت المنفعة للموجر.

ثمّ الخبر و كلام الأصحاب يشمل هبة جميع المدة و بعضها، بل الظاهر هبة البعض، لأنّه لا يمكن هبة الجميع. نعم إن أقرّ بعضها و وهب البعض كأن يهبها عقيب العقد على شهرين شهرا دون آخر اتجه العدم، لخروجه عن النص من الخبر و الأصحاب.

و لو ظهر فساد العقد إمّا بظهور زوج أو كونها أخت زوجته أو غيرهما فلا مهر إن لم يدخل، و لو قبضته استعاده و هو ظاهر. و إن دخل فلها المهر المسمّى إن جهلت و وفت بالمدّة، و إلّا سقط منه بالنسبة، إذ به وقع التراضى. و يشكل بأنّه فرع صحّة العقد، و هى منتفية و إلّا فلا مهر لها، لأنّها بغيّ.

و قال ابن حمزة: استرد المهر منها بحساب ما بقى من الأيام «٢». و لم يفرق بين علمها و جهلها، و لعلّ مراده الجهل، كما أنّ الظاهر أنّ ابن إدريس أراد بقوله: كان ما أخذت حراما عليها «٣» حالة العلم.

و قيل فى النهاية «۴» و التهذيب «۵» و المهذب «۶»: تأخذ ما قبضت و لا يسلّم إليها الباقى من غير فرق بين علمها و جهلها، و لعلّ الجهل مراد، و مستنده خبر حفص بن البخترى عن الصادق عليه السّلام قال: إذا بقى عليه شىء من المهر و علم أنّ لها زوجا فما أخذته فلها بما استحلّ من فرجها، و يحبس عنها

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠ ب ۴١ من أبواب المهور ح ٢.

(٢) الوسيلة: ص ٣١١.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ۶٢٣.

(۴) النهاية: ج ٢ ص ٣٧٨.

(۵) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٢۶١ ذيل الحديث ١١٢٧.

(۶) المهذب: ج ٢ ص ٢۴٢.

ما بقى عنده «١». و حمله فى المختلف على ما إذا ظهر الفساد و قد بقى من المدّة شىء و كان الباقى بقدره «٢».

و لا بدّ من حمله على الجهل، إذ لا مهر لبغيّ، و لأنّ ريّان بن شبيب كتب إلى أبى الحسن عليه السّلام الرجل يتزوّج المرأة متعة بمهر إلى أجل معلوم و أعطاها بعض مهرها و أخّرته بالباقى، ثمّ دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيها باقى مهرها أنّها زوّجته نفسها و لها زوج مقيم معها، أ يجوز لها حبس باقى مهرها أم لا يجوز؟

فكتب عليه السّلام: لا يعطيها شيئا، لأنّها عصت اللّه عزّ و جلّ «٣».

و قد يقال: وجه عدم الفرق بين الجهل و العلم فى أنّه لا يستردّ منها شيئا أنّه أباحها ما أعطاها، فلها ذلك بالإباحة و إن لم يكن لها الباقى بفساد العقد، و للزنا إن كانت عالمة و يحتمل قويّا أن يكون لها مهر المثل مع الجهل، لأنّه مقتضى الدخول بلا عقد.

و هل يعتبر مهر مثلها بالعقد الدائم أو بالمنقطع بحسب المدة المشروطة؟ فيه وجهان: من أنّ قيمة البضع الموطوء شبهة هو مهر المثل بالعقد الدائم. و من أنّ الشبهة للعقد المخصوص فيجب مهر المثل به، و الأوّل أظهر. و قد يقال بوجوب الأقل من المسمى و مهر المثل، لرضاها بالأقل إن كان المسمّى أقل.

[الركن الرابع الأجل]

الركن الرابع: الأجل و ذكره شرط فيه بالنص «۴» و الإجماع إلّا مع الضبط بمرّة أو مرّات، فسيأتى الكلام فيه.

و يشترط فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة و النقصان و لا يتقدر قلّة

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۸۲ ب ۲۸ من أبواب النكاح، ح ۱.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۴۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۸۲ ب ۲۸ من أبواب النكاح، ح ۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۵ ب ۱۷ من أبواب المتعة.

و كثرة بل يجوز بما تراضيا عليه و إن طال بحيث يعلم عدم امتداد عمرها «۱» إليه، للأصل و العموم، و عدم صلاحية الموت للمنع. و كذا إن قصر عن إيقاع الجماع.

و ظاهر الوسيلة «۲» تقدير الأقل بما بين طلوع الشمس و الزوال، و لعلّه أراد التمثيل.

و لو أخلّ به بطل العقد وفاقا لوالده «۳» لأنّه بإهمال الأجل لا يقع متعة، و بقصد الانقطاع لا يقع دائما، فإنّ العقد تابع للقصد. و منعه مسندا بأنّه يحكم بالصحة مع الاشتمال على الشروط الفاسدة، غير وارد، فإنّ الشروط أمور خارجة عن العقد بخلاف الأجل و الدوام.

و قيل «۴» فى المشهور ينقلب دائما لأنّ اللفظ صالح لهما، و إنّما يتمحض للمتعة بذكر الأجل، فإذا أهمل تعيّن للدوام. و لقول الصادق عليه السّلام فى خبر ابن بكير: إن سمّى الأجل فهو متعة، و إن لم يسمّ الأجل فهو نكاح ثابت «۵». و لأنّ أبان بن تغلب قال له عليه السّلام: فإنّى أستحيى أن أذكر شرط الأيام، فقال: هو أضر عليك، قلت: و كيف؟ قال: إنّك إن لم تشترط كان تزويج مقام، و لزمتك النفقة و العدة، و كانت وارثا، و لم تقدر على أن تطلّقها إلّا طلاق السنّة «۶».

و ضعف الأدلّة واضح، فإنّ الخبرين مع ضعفهما ليسا نصّين فى المقصود، و صلاحية اللفظ لا يجدى إذا خالفه القصد.

و أبطله ابن إدريس إن لفظ بالتمتع، لاختصاصه بالمنقطع، دون ما إذا تلفّظ بالنكاح أو التزويج لعمومهما «۷».

---

(۱) فى «ن»: عمرهما.

(۲) الوسيلة: ص ۳۱۰.

(۳) نقله عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۱۷.

(۴) من القائلين أبو الصلاح فى الكافى فى الفقه: ص ۲۹۸، و الشيخ الطوسى فى النهاية: ج ۲ ص ۳۷۲- ۳۷۳، و ابن البرّاج فى المهذّب: ج ۲ ص ۲۴۱، و ابن زهرة فى غنية النزوع:

ص ۳۵۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۹ ب ۲۰ من أبواب النكاح، ح ۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۷۰ ب ۲۰ من أبواب النكاح، ح ۲.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۵۵۰.

و قيل: إن تعمّد الإخلال انقلب، و إن نسيه أو جهل بطل «۱» و هو بعينه القول الأوّل، فإن تعمّد الإخلال مع العلم ليس إلّا لإرادة الدائم.

و إن عيّن المبدأ تعيّن و إن تأخّر عن العقد وفاقا لنص ابن إدريس «۲» و المحقق فى الشرائع «۳» و النكت «۴» و إطلاق الأكثر، لوجود المقتضى، و هو العقد بمهر و أجل معلومين، و لا دليل على اشتراط الاتصال. و خبر بكار بن كردم قال للصادق عليه السّلام: الرجل يلقى المرأة فيقول لها: زوّجينى نفسك شهرا و لا يسمى الشهر بعينه، ثمّ يمضى فيلقاها بعد سنين؟ فقال: له شهره إن كان سمّاه، و إن لم يكن سمّاه فلا سبيل له عليها «۵». فإنّ الظاهر كون الشهر المسمّى بعد سنين. و ربّما قيل بالبطلان، لوجوه: منها: أصالة بقاء البضع على الحرمة إلى أن يحصل يقين الانتقال، و لا يقين هنا. و فيه: أنّه لا شك هنا بعد التأمّل، فإنّ ما نطقت به النصوص و الفتاوى من الشروط إذا تحقّقت تحقّق العقد و حلّ الفرج، و احتمال اشتراط أمر آخر من غير منشأ له ليس إلّا وهما فاسدا.

و منها: الاحتياط فى الفروج. و هو لا يتمّ مطلقا، إذ لا احتياط فى القول بفساد هذا العقد إذا أرادت التزويج بغيره، و لا احتياط فى امتناعها من التمكين، و لا فى حرمانها من المهر.

و منها: أنّ الوظائف الشرعية توقيفية، و لم ينقل إلّا مع الاتصال. و فيه منع ظاهر فإنّ المنقول من الأقوال عامة، و لم ينقل من الأفعال إلّا مجرد التمتع.

و منها: إنّه إذا صحّ العقد ترتّب عليه أثره، و هو يقتضى الاتصال. و هو ممنوع، فإنّ أثر العقد أن يجرى أحكام المتعة فى المدة المسمّاة، إن متّصلا فمتصلا، و إلّا فمنفصلا.

---

(۱) مسالك الافهام: ج ۷ ص ۴۴۸- ۴۴۹.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۶۲۳.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۵.

(۴) النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۸۰.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۰ ب ۳۵ من أبواب المتعة ح ۱.

و منها: أنّه ينافى التنجيز. و هو ممنوع، فإنّه فى معنى اشتراط الاستمتاع بإتيان الوقت المضروب لا العقد كما يستأجر الرجل للحجّ فى قابل.

و منها أنّه يلزم جواز التمتع بها لغيره فى البين. و أجيب تارة بمنع الملازمة، و اخرى بمنع بطلان اللازم كما سيأتى.

و إلّا يعيّن المبدأ بل قال: شهرا- مثلا- لم يبطل وفاقا للمحقق «۱» بل اقتضى اتصاله أى المبدأ به أى العقد لدلالة العرف، و أصالة الصحة كما فى الإجارة و غيرها، و عدم تخلّف أثر العقد عنه إلّا بمانع، و لا مانع هنا. و حكم الشيخ «۲» و جماعة بالبطلان، للإبهام. و هو ممنوع لما عرفت و لخبر بكار و هو لا يدل إلّا على البطلان لكونه بعد سنين، و نحن نقول به.

فإن تركها حتى خرج الأجل المعيّن مبدأ متصلا أو منفصلا أو غيره لانصرافه إلى الاتصال خرجت من عقده و لها المسمى لأنّها ممكّنة.

و لو قال: بعض يوم، فإن عيّن كالزوال أو الغروب أى من هذه الساعة، أو من الفجر و نحوهما إلى أحدهما، أو أطلق الابتداء، بل اقتصر على تحديد الانتهاء بأحدهما لانصرافه إلى الاتصال، و كالنصف و الثلث و نحوهما، و كساعة متصلة أو منفصلة أو مطلقة، لانصرافها إلى الاتصال صحّ لما عرفت من انتفاء التحديد قلّة. و ما فى النهاية و غيرها من الاقتصار فى الأقل على يوم «۳» محمول على التمثيل. و خبر ابن بكير عن زرارة قال: قلت له: هل يجوز أن يتمتع الرجل من المرأة ساعة أو ساعتين؟ فقال: الساعة و

الساعتان لا يوقف على حدّهما، و لكن العرد و العردين و اليوم و اليومين و الثلاثة و أشباه ذلك «۴». فمع الضعف محمول على عدم انضباط الساعة و الساعتين كما ينص عليه لفظه.

---

(۱) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۵.

(۲) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۶۷ ذيل الحديث ۱۱۴۹.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۷۸.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۷۹ ب ۲۵ من أبواب المتعة ح ۲.

و إلّا يعيّن البعض فلا يصح، لاشتراط التعيين بحيث لا يحتمل الزيادة و النقصان.

و لو قال: مرّة أو مرّتين و بالجملة قيّده بعدد الوطء قيّد بالزّمان المعيّن، ليصحّ بحيث يكون أجلا محروسا من الزيادة و النقصان، لا بأن يشترط العدد في يوم معيّن، بمعنى أنّه متى أوقع العدد انقطع النكاح و لو لم ينقطع اليوم لخلوّه عن شرطه الذي هو الأجل المعيّن.

و حين يشترط العدد المعيّن لا يجوز الزيادة عليه و إن بقي الأجل و جاز التمتع بغيره، لأنّها زوجته. أمّا المنع بدون إذنها فهو الظاهر للشرط في العقد اللازم، و ظاهر خبر زرارة المتقدم، و يحتمل الجواز قويا، للمنع من لزومه مع كونه مرجوحا شرعا مع بقاء الزوجية. و أمّا مع الإذن فالجواز أظهر، و يحتمل المنع للاشتراط في العقد.

و إلّا يقيّد بالزمان بطل العقد وفاقا لظاهر النافع «۱» لخلوّه عن الأجل، و عن القاسم بن محمّد عن رجل سماه أنّه سأل الصادق عليه السّلام عن الرجل يتزوّج المرأة على عرد واحد، فقال: لا بأس، و لكن إذا فرغ فليحوّل وجهه و لا ينظر «۲». و هو يشعر بالصحة.

و الشيخ في كتابي الأخبار جوّزه رخصة، «۳» لكنه شديد الضعف، مخالف للأصول و النصوص، مع احتمال الاقتصار في نفي البأس عمّا إذا قيّد بالزمان لا مطلقا. و تحويل الوجه، لاشتراط انقطاع سائر أنواع الاستمتاع أيضا بذلك.

و حكم الشيخ في الكتابين «۴» و النهاية «۵» بأنّه إن لم يقيّد بالزمان انقلب دائما،

---

(۱) المختصر النافع: ص ۱۸۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۷۹ ب ۲۵ من أبواب المتعة ح ۴.

(۳) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۶۶ ذيل الحديث ۱۱۴۸، الاستبصار: ج ۳ ص ۱۵۲ ذيل الحديث ۵۵۵.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۶۷ ذيل الحديث ۱۱۵۰، الاستبصار: ج ۳ ص ۱۵۲ ذيل الحديث ۵۵۵.

(۵) النهاية: ج ۲ ص ۳۷۹.

و وافقه القاضي «۱» و ابنا سعيد في الجامع «۲» و الشرائع «۳» بناء على ما تقدّم من أنّ الإخلال بالأجل يقلّبه دائما، و لأنّ هشام بن سالم قال للصادق عليه السّلام: أتزوّج المرأة متعة مرّة مبهمة، فقال: ذاك أشدّ عليك، ترثها و ترثك، و لا يجوز لك أن تطلّقها إلّا على طهر و شاهدين «۴».

[الفصل الثانی فی الأحکام]

اشارهٔ

الفصل الثانی فی الأحکام لا ولایهٔ علی البالغهٔ الرشیدهٔ و إن کانت بکرا فی النکاح المنقطع، کما لا ولایهٔ علیها فی الدائم علی الأقوی لما تقدّم، و به بخصوصه أخبار «۵» و قد قال بالولایهٔ علیها هنا بعض من نفاها فی الدائم کالعکس، و قد تقدّم.

و یلزم ما یشترط فی متن العقد إذا کان سائغا لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» «۶» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «۷».

و لو قدّمه علیه أو أخّره عنه لم یعتدّ به للاتفاق علی عدم لزوم الوفاء بما یشترط لا فی عقد، و إنّه بمنزلهٔ الوعد.

و لا یجب فی اللزوم إعادته بعده أی العقد لو قرنه به بل یکفی المقارنهٔ علی رأی وفاقا للمشهور، لعدم الدلیل علیه، و لما عرفت من أنّ ما یشترط لا- فی عقد لا یلزم الوفاء به، فلا یعقل کون التکرار بعده موجبا للزوم ما وقع فیه، و ربّما أوهمت عبارهٔ النهایهٔ الخلاف فی ذلک، لقوله: و کل شرط یشرطه الرجل علی المرأهٔ إنّما یکون له تأثیر بعد ذکر العقد، فإن ذکر الشروط و ذکر بعدها

---

(۱) المهذب: ج ۲ ص ۲۴۱.

(۲) الجامع للشرائع: ص ۴۵۰.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۶.

(۴) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۴ ص ۴۷۰ ب ۲۰ من أبواب المتعهٔ ح ۳.

(۵) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۴ ص ۲۱۵ ب ۹ من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد ح ۶، و ص ۲۰۱ ب ۳ من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد ح ۱.

(۶) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۵ ص ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور ذیل الحدیث ۴.

(۷) المائدهٔ: ۱.

العقد کانت الشروط التی قدم ذکرها باطلهٔ لا تأثیر لها، فإن کرّرها بعد العقد ثبت علی ما شرط «۱».

و ربّما یحتجّ له بخبر ابن بکیر عن الصادق علیه السّلام قال: ما کان من شرط قبل النکاح هدمه النکاح، و ما کان بعد النکاح فهو جائز «۲» و خبر بکیر بن أعین عنه علیه السّلام قال: إذا اشترطت علی المرأهٔ شروط المتعهٔ فرضیت بها و أوجبت علیها التزویج فاردد علیها شرطک الأوّل بعد النکاح فإن أجازته جاز، و إن لم تجزه فلا یجوز علیها ما کان من الشروط قبل النکاح «۳».

و الظاهر أن لا خلاف فی المسألهٔ، و أنّ المراد فی کلام الشیخ و الخبرین ممّا بعد العقد و النکاح ما بعد أحد طرفی العقد کما فعله المحقق فی النکت «۴» فیؤول إلی الشرط فی العقد.

و لو شرط الإتیان فی وقت دون آخر کاللیل دون النهار لزم، لأنّه من الشروط السائغهٔ، فإذا شرط فی العقد لزم. و یؤیّده أنّ عمّار بن مروان سأل الصادق علیه السّلام عن امرأهٔ زوّجت نفسها عن رجل علی أن یلتمس منها ما شاء إلّا الدخول، فقال: لا بأس، لیس له إلّا ما اشترط «۵».

بقی الکلام فی أنّها إن رضیت بالإتیان فی الوقت المستثنی فهل یجوز؟

وجهان، من لزوم الشرط، و هو اختيار المختلف «۶». و من أنّ العقد مسوّغ له مطلقا، و الامتناع منه لحق الزوجيّة إذا اشترطت عليه ذلك، فإذا رضيت جاز، و لخبر إسحاق بن عمّار قال للصادق عليه السّلام: رجل تزوّج بجارية على أن لا يقتضّها ثمّ أذنت له بعد ذلك، فقال: إذا أذنت له فلا بأس «۷». و عمل به الشيخ «۸» و جماعة.

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۸۳- ۳۸۴.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۶۸ ب ۱۹ من أبواب المتعة ح ۲.

(۳) المصدر السابق: ح ۱.

(۴) النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۸۳- ۳۸۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۱ ب ۳۶ من أبواب المتعة ح ۱.

(۶) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۴۳.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۵۸ ب ۱۱ من أبواب المتعة ح ۳.

(۸) النهاية: ج ۲ ص ۳۸۳.

و كذا لو شرط المرة و المرات من الإتيان فى الأجل المعيّن لزم كما عرفت، و أمّا بدون الأجل المعيّن فيبطل كما عرفت.

و يجوز العزل عنها و إن لم تأذن اتفاقا، لكن الأولى الاشتراط عليها لتضمن الأخبار له «۱». و يلحق به الولد و إن عزل و كذا فى كل وطء صحيح أو شبهة، فإنّ المنى سباق و الولد للفراش، و للأخبار. و لكن لو نفاه أى الولد عزل أم لا انتفى ظاهرا من غير لعان بالاتفاق [على ما قيل] «۲» لكن لا يجوز له النفى إلّا مع العلم بالانتفاء و إن عزل أو اتهمها أو ظنّ الانتفاء بالقرائن، و الأخبار متضمنة لذلك «۳».

و لا يقع بها طلاق بالاتفاق بل تبين بانقضاء المدّة أو هبتها، و فى لفظ تبين إشعار بعدم جواز الرجوع فى العدّة.

و لا إيلاء لمخالفة أحكامه للأصل، فيقتصر فيها على موضع اليقين، و إن ترتّبت على الإيلاء منها إذا لم يترجّح ترك متعلّقه أحكام اليمين، فإنّ المراد بالنفى نفى الأحكام المخصوصة فى الإيلاء من الزوجة. و لأنّ المطالبة بالوطء من لوازم الإيلاء، و هى منتفية عنها.

و فى الإيضاح عن المرتضى وقوعه بها «۴» و كلامه فى الانتصار «۵» صريح فى خلافه، و إن كان به قول فدليله عموم الآية مع عدم صلاحية قوله «وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلٰاقَ» «۶» لتخصيصها.

و لا لعان على رأى مشهور لمخالفته للأصل و للأخبار «۷». و أوقعه

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۱۰۶ ب ۷۶ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه ح ۱ و ۲.

(۲) لم يرد فى «ن».

(۳) راجع وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۸۸ ب ۳۳ من أبواب المتعة.

(۴) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۱۳۱.

(۵) الانتصار: ص ۱۱۵- ۱۱۶.

(۶) البقرة: ۲۲۷.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۰۵ ب ۱۰ من أبواب اللعان.

السيّد «۱» و حكى عن غرية المفيد «۲» لعموم الآية «۳» قيل: المراد ما للقذف «۴» لأنّ الظاهر الاتفاق على انتفاء الولد بالنفى من غير لعان. و كلام الجامع «۵» صريح فى وقوعه للنفى.

و يقع بها الظهار على رأى الأكثر، [و منهم ابن إدريس فى بعض فتاويه] «۶» لعموم نصوصه، و نفاه الصدوق «۷» و بنوا إدريس «۸» و الجنيد «۹» و أبى عقيل «۱۰» اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و لأنّ من لوازمه الإلزام بالفئة أو الطلاق، و ليس هنا، إذ لا حقّ لها فى الوطء مع أنّه لا يقع بها طلاق، و قيام هبة المدّة مقامه لا بد له من دليل. و لمرسل ابن فضال عن الصادق عليه السّلام قال:

لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق «۱۱» [و قد يقال: إنّها من المثل] «۱۲».

و لا توارث بين الزوجين به يحتمل تعلّق الجار بالتوارث و بالزوجية شرطا سقوط التوارث فى العقد أو خارجه أو لا وفاقا للمشهور اقتصارا فى الإرث على موضع اليقين، فإنّ الزوجية لا يكفى فى التوريث، فإنّ من الأزواج من لا ترث كالذمية، و للأخبار، كقول الصادق عليه السّلام لعبد اللّه بن عمرو: من حدودها أن لا ترثها و لا ترثك «۱۳». و لسعيد بن يسار: ليس بينهما ميراث، اشترط أو لم يشترط «۱۴». و الأخبار الآمرة باشتراط ذلك عليها، فإنّه لو ثبت بالزوجية

---

(۱) الانتصار: ص ۱۱۵.

(۲) حكاه عنه فى جامع المقاصد: ج ۱۳ ص ۳۵.

(۳) النور: ۶.

(۴) القائل هو الشهيد الثانى فى مسالك الافهام: ج ۱۰ ص ۲۱۱.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۸۰.

(۶) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «ن».

(۷) الهداية: ص ۲۷۴.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۶۲۴.

(۹) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۱۸.

(۱۰) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۱۸.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ من أبواب الظهار ح ۳.

(۱۲) لم يرد فى «ن».

(۱۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۸۷ ب ۳۲ من أبواب المتعة ح ۸.

(۱۴) المصدر السابق: ح ۷.

لم يؤثر الاشتراط، و ما سيأتى من خبرى البزنطى و محمّد بن مسلم.

و أثبته القاضى «۱» مطلقا، لعموم نصوص الإرث «۲» و ضعف الخبرين عن التخصيص، و قد عرفت عدم الانحصار فيهما.

و أثبته المرتضى إلّا مع شرط السقوط «۳» جمعا بين الآية «۴» و كون المؤمنين عند شروطهم «۵». و فيه: أنّ أحدا من الورّاث لا

يحرم الميراث بالشرط. و جمعا بينهما و بين الخبرين. و لا يساعده لفظهما. و للأخبار الآمرة باشتراطه. و لا دلالة على التوقّف عليه، فإنّ فيها ما ينتفى مطلقا، و لعلّ اشتراط ما فيها عليها، لأنّ النساء لا يعلمن غالبا أحكام المتعة، فينبغى أن يشترط عليهن ليتحقق منهن الرضا بها و بأحكامها. و لقول الباقر عليه السّلام فى خبر محمّد بن مسلم: إنّهما يتوارثان إذا لم يشترطا «۶». و حمل على عدم اشتراط الأجل. و لا ينافيه السؤال عن المتعة، و لا قوله بعده: «و إنّما الشرط بعد النكاح» إذ لا فرق بين الأجل و الميراث فى أنّهما إنّما يعتبران إذا شرطا فى العقد فلا بد من الحمل على ما بعد أحد طرفى العقد.

و لو شرطاه أى التوارث فالأقوى بطلان الشرط وفاقا للحلبى «۷» و ابن إدريس «۸» لأنّ الإرث ليس ممّا يثبت بالشرط بين من لا توارث بينهما، لأنّ الشرط فى حقّ الغير و هو الوارث، و للخبرين.

و أثبته مع الشرط الشيخ «۹» و ابن حمزة «۱۰» و الراوندى و المحقق فى النافع «۱۱» لقول الرضا عليه السّلام فى حسنة البزنطى و صحيحته فى تزويج المتعة: نكاح بميراث،

---

(۱) المهذب: ج ۲ ص ۲۴۰.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۷ ص ۵۱۰ ب ۱ من أبواب ميراث الأزواج.

(۳) الانتصار: ص ۱۱۴.

(۴) النساء: ۱۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور ح ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۸۶ ب ۳۲ من أبواب المتعة ح ۲.

(۷) الكافى فى الفقه: ص ۲۹۸.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۶۲۴.

(۹) النهاية: ج ۲ ص ۳۸۱.

(۱۰) الوسيلة: ص ۳۰۹.

(۱۱) المختصر النافع: ص ۱۸۲.

و نكاح بغير ميراث، إن اشترطت الميراث كان، و إن لم تشترط لم يكن «۱». و لقول الصادق عليه السّلام فى صحيح محمّد بن مسلم: و إن اشترطت الميراث فهما على شرطهما «۲». و هو قوى نظرا إلى الأخبار، و لكنّه قليل النظير. و على بطلان الشرط فهل يبطل العقد؟ قولان.

و مع الدخول و انقضاء المدة تعتد بحيضتين إن حاضت وفاقا للشيخ «۳» و من بعده، لقول الصادق عليه السّلام فى حسنة إسماعيل بن الفضل: و عدّتها حيضتان «۴». و نحوه روى العياشى عن أبى بصير عن الباقر عليه السّلام «۵». و لقول الباقر عليه السّلام فى صحيح زرارة: عدة المطلقة ثلاثة أشهر، و الأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرة، و كذلك المتعة عليها مثل ما على الأمة «۶» مع الأخبار الناصة على أنّ عدّة الأمة حيضتان «۷». و فيه: أنّ الظاهر منه النصف إن اعتدت بالأشهر.

و عند الحسن حيضة «۸» لقول الصادق عليه السّلام فى حسن زرارة: إن كانت تحيض فحيضة «۹». و فى خبر عبد اللّه بن عمرو: خمسة و أربعون يوما أو حيضة مستقيمة «۱۰».

و فى خبر ليث المرادى: حيضة «۱۱». و قول الرضا عليه السّلام فى صحيح البزنطى: قال أبو جعفر عليه السّلام: عدّة المتعة حيضة

«١٢».

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٨۵ ب ٣٢ من أبواب المتعة ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٨۶ ب ٣٢ من أبواب المتعة ح ۵.

(٣) النهاية: ج ٢ ص ٣٨٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴۴٧ ب ۴ من أبواب المتعة ح ٨.

(۵) العياشى: ج ١ ص ٢٣٣ ح ٨۶.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨۵ ب ۵٣ من أبواب العدد ح ٢.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨۴ ب ۵٢ من أبواب العدد.

(٨) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٢٣٢.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٧٣ ب ٢٢ من أبواب المتعة ح ١.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٧٣- ۴٧۴ ب ٢٢ من أبواب المتعة ح ۴.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٧٠ ب ۴٠ من أبواب العدد ح ۶.

(١٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٧۴ ب ٢٢ من أبواب المتعة ح ۶.

و عند الصدوق فى المقنع: حيضة و نصف «١» لقول الصادق عليه السّلام فى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج: و إذا انقضت أيامها و هو حى فحيضة و نصف مثل ما يجب على الأمة «٢».

و عند المفيد و ابنى زهرة و إدريس طهران «٣» و هو اختيار المختلف «۴» لأخبار الحيضة، فإنّه إذا كملت حيضة فقد مضى عليها طهران، أحدهما قبلها، و الآخر بعدها، إذ يكفى منهما لحظة، و ضعفه ظاهر. و لما تقدّم من النصّ على أنّ عليها ما على الأمة. مع حسنة زرارة عن الباقر عليه السّلام قال: و إن كان حرّ تحته أمة فطلاقها تطليقتان و عدّتها قرآن «۵». و سيأتى الدلالة على كون القرء بمعنى الطهر. و للاحتياط، و لأنّ فيه جمعا بين الأقوال [و الأخبار] «۶» لكن اعتبار الحيضتين أحوط.

و إن لم تحض و هى من أهله فبخمسة و أربعين يوما قولا واحدا، و به صحيح البزنطى عن الرضا عليه السّلام قال: قال أبو جعفر عليه السّلام: عدة المتعة حيضة، و قال: خمسة و أربعون يوما لبعض أصحابه «٧». و غيره، و لا فرق فيها بين الحرّة و الأمة.

و تعتدّ من الوفاة بأربعة أشهر و عشرة أيام إن كانت حرّة حائلا و إن لم يدخل بها وفاقا للأشهر لعموم الآية «٨» و للأخبار «٩» و عند المفيد «١٠»

(١) المقنع: ص ١١۴.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٧۴ ب ٢٢ من أبواب المتعة ح ۵.

(٣) المقنعة: ص ۵٣۶. و الغنية: ص ٣۵٩. و السرائر: ج ٢ ص ۶٢۵.

(۴) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٢٣٢.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۶٩ ب ۴٠ من أبواب العدد ح ١.

(۶) لم يرد فى «ن».

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۷۴ ب ۲۲ من أبواب المتعة ح ۶.

(۸) البقرة: ۲۳۴.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۸۴ ب ۵۲ من أبواب العدد.

(۱۰) المقنعة: ص ۵۳۶.

و سلار «۱» و المرتضى «۲» و الحسن «۳» تعتد بشهرين و خمسة أيام، لأنّ عليها نصف ما على الدائمة فى حياة الزوج، فكذا بعد موته، و لمرسل الحلبى عن الصادق عليه السّلام «۴» و هما ضعيفان جدّا.

و تعتد بأبعد الأجلين عن القولين مع الحمل، و المشهور أنّ عدّة الأمة فى الوفاة نصف عدّة الحرة مطلقا، دائمة كانت أم متعة، فهى تعتد بشهرين و خمسة أيام إن كانت حائلا أو بأبعدهما إن كانت حاملا و يشهد به الأخبار «۵» المنصّفة لعدتها من غير تفصيل، و أن التنصيف فى الدوام يوجبه فى المتعة بطريق الأولى، لضعفها، و ضعف عدّتها.

و عند ابن إدريس «۶» و المصنف فى المختلف «۷» أنّها كالحرة، لصحيح زرارة سأل الباقر عليه السّلام ما عدّة المتمتعة إذ مات الذى تمتع بها؟ فقال: أربعة أشهر و عشرا، فقال: يا زرارة كلّ الناكح إذا مات الرجل فعلى المرأة، حرّة كانت أو أمة، و على أى وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجا أو ملك يمين، فالعدّة أربعة أشهر و عشرا «۸». و سيأتى بقية الكلام فيها.

و لو أسلم المشرك كتابيّا أو وثنيّا عن كتابيّة فما زاد بالعقد المنقطع ثبت النكاح و إن فسد عنده و إن لم يدخل لأنّه نكاح صحيح عندنا، و للمسلم التمتع بالكتابية ابتداء، فاستدامة أولى.

و لو أسلمت قبله بطل النكاح إن لم يكن دخل لأنّها لا عدّة لها لينتظر إسلام الزوج، و لا مهر لها لأنّ الفسخ منها.

---

(۱) المراسم: ص ۱۶۵.

(۲) الانتصار: ص ۱۱۴.

(۳) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۳۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ من أبواب العدد ح ۸.

(۵) المصدر السابق: ح ۶- ۸.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۵.

(۷) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۵۰۸.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۸۴ ب ۵۲ من أبواب العدد ح ۲.

و إن كان دخل انتظرت أقرب الأجلين من العدة أو المدة، فإن خرجت إحداهما قبل إسلامه بطل العقد و عليه المهر بالدخول، إمّا التمام لكون ما نقص من استيفاء المدة من قبله، أو البعض لصدق أنّها لم تف له بتمام المدة و إن كان امتناعها شرعيا.

و إن أسلم و قد بقيتا فهو أملك لها.

و لو كانت وثنية فأسلم أحدهما كان الحكم كحكم الكتابية إذا أسلمت دونه، فإن كان الإسلام بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء العدة أو المدة فأيّتهما خرجت مع كفر الآخر ثبت المهر كلّا إن كان هو المسلم، و إلّا فكلّا أو بعضا و انفسخ النكاح و إن أسلم الآخر و قد بقيتا فهو أملك.

و لو أسلم و عنده حرّة و أمة متعتين أو بالتفريق «۱» ثبت عقد الحرّة و وقف عقد الأمة على رضاها.

[فروع]

اشارة

فروع ثلاثة:

[الفرع الأول]

الأوّل: لا ينقص المهر بالمنع عن بعض وجوه الاستمتاع لعذر كالحيض المانع من الوطء خاصّة، لبقاء الاستمتاع بغيره، و لاستثنائه فی الأخبار «۲» و استشكل فيه فی التحرير «۳» من ذلک. و من نقصان الاستمتاع، و عدم صحة الأخبار.

و لو منع العذر عن الجميع كلّ المدّة كالمرض المدنف أی المثقل لها فكذلک لا ينقص مهرها على إشكال من انتفاء الاستيفاء رأسا و هو أحد العوضين فانتفى الآخر كسائر المعاوضات، و الفرق بينه و بين الحيض بأنّه عادی، فأيامه فی حكم المستثناة فی العقد، بخلاف غيره. و من أنّها

(۱) زاد فی ن: «أو بالتفريق و كانتا كتابيتين أو أسلمتا أو بالتفريق».

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۸۱ ب ۲۷ من أبواب المتعة.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲۷ س ۴.

مسلّمة لنفسها، و إنّما عرض المانع من خارج و قد ثبت المهر بالعقد، و لا يعلم سقوطه بمثل ذلک مع جواز التمتع بمن لا يمكنه الاستمتاع بها ابتداء، و يمكن إرجاع الإشكال إلى الحيض أيضا كما فعله فی التحرير «۱».

و كذا الإشكال لو منع هو أو هی بظالم كل المدّة، و بالجملة لو منع العذر من بعض الاستمتاع كلّ المدّة أو بعضها أو من الجميع فی كلّها أو بعضها فإشكال: من احتمال توزيع المهر على المدّة و وجوه الاستمتاع جميعا أو بالتفريق، و العدم.

و يقوى السقوط بالنسبة مع امتناعها اختيارا عن الاستمتاع رأسا، لضرورة ملجئة لها لحفظ مال أو عرض أو نفس، لصدق أنّها لم تف له بالمدّة، و عدم السقوط إن استوعب الحيض المدة، و أمّا نحو الأكل و الشرب الضروريين و التنظف و التهيؤ للزوج فالظاهر استثناؤها أيضا لقضاء العادة بها فيدخل استثناؤها فی مفهوم العقد.

و الأقرب أنّ الموت هنا كالدائم أی كهو فيه، فيثبت المهر إن مات أو ماتت، لثبوته بالعقد، و الموت لا يصلح لإسقاطه إلّا بدليل و ليس، و الفرق بينه و بين ما إذا منعت من الاستمتاع بيّن، و يحتمل السقوط بالنسبة، بناء على أنّه فی مقابلة الاستمتاع موزّع عليه، و على المدّة فيسقط كلّا أو بعضا بامتناعه كلّا أو بعضا، كما لو استأجر دابة فماتت.

[الفرع الثانی]

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌۷، ص: ۲۹۳

الثانى: لو عقد على امرأة على مدّة متأخّرة أى مفصولة عن زمان العقد، فقد عرفت صحته و لم يكن لها النكاح فيما بينهما بغيره وفاقا لابن إدريس «۲» و المحقّق فى النكت «۳» لأنّها ذات بعل و لذلك لا يكون له أن ينكح أختها فى البين لصدق الجمع بين الأختين فإنّهما منكوحتان له و إن لم يجز له الاستمتاع بها قبل المدة. و إن وفت المدة التى فى البين أو المدة المعقود عليها بحسب تأخّرها بالأجل أى أجلها إن نكحت بغيره

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲۷ س ۴.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۶۲۳.

(۳) النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۸۰.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۲۹۴

أو أجل الأخت إن نكحها متعة و العدة من الغير أو عدّة الأخت منه.

و ربّما قيل بالجواز إن وفت، بناء على أنّها الآن ليست زوجته كما يجوز استئجار من استؤجر للحج فى قابل له فى السنة.

[الفرع الثالث: لو مات]

الثالث: لو مات الزوج العاقد عليها على مدة مفصولة فيما بينهما احتمل بطلان العقد رأسا، إذ لو صحّ لترتّب أثره عليه، و لا يترتّب الأثر هنا إلّا عند حضور المدة و لم تحضر فلا مهر لها و لا عدّة عليها و لا ميراث لها إن أوجبناه للمتعة مطلقا أو مع الشرط و لا تحرم على أبى العاقد و ابنه. و بالجملة فهى بمنزلة الأجنبية التى لم يعقد عليها.

و احتمل عدمه أى البطلان من وقوع العقد صحيحا، و لذا حرمت على الغير و حرمت عليه أمّها أبدا و أختها جمعا، و أثره حلّية الاستمتاع إذا حضر الوقت. و هو مترتّب عليه من حينه، كما أنّ المستأجر للحج فى قابل يصحّ إجارته، و الموت إنّما أثّر فى الاستمرار، و شرط الاستمتاع و هو حضور الوقت فيثبت النقيض لكلّ من المذكورات. و فى ثبوت المهر نظر ظاهر، و يمكن أن اجتزأ بظهوره عن التصريح، فيكون المراد أنّه يثبت النقيض لكلّ ماله أن يثبت.

[المقصد الثانى فى نكاح الإماء و فيه فصول]

اشارة

المقصد الثانى فى نكاح الإماء أى وطئهن و إنّما يستباح بأمرين العقد دائما أو منقطعا و الملك للعين أو البضع.

فهنا فصول أربعة، فصلان منها فيما يختص بالعقد، و فصل فيما يختص بالملك، و رابع فى المسائل المتفرقة التى فيهما.

[الفصل الأول فى العقد]

الأوّل فى العقد و لا خلاف فى أنّه ليس للسيّد أن ينكح أمته بالعقد فإنّ العقد

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٢٩٥

لا- يفيد إلّا ملك البضع، و هو ملك له بملك الرقبة، و هو أقوى، كما لا يجوز لمالك رقبة عبد أو أرض أن يستأجرها. و لو ملك منكوحته انفسخ العقد إذ لا حكم للضعيف إذا جاء القوى. و أمّا ملك العين المستأجرة فإنّما يبطل استحقاق الأجرة دون الإجارة، على أنّ المستأجر يملك المنافع و الزوج إنّما يملك الانتفاع، و لذا لو وطئت الزوجة شبهة لم يكن له مهرها.

و لا- للحرة و لا- للأمة إن ملكت أن تنكح عبدها أى يطأها عبدها لا بالعقد إذ ربّما تعارضت حقوق الملك و الزوجية. و لا بالملك، و لو ملكت زوجها انفسخ النكاح فإن أعتقته جاز لها أن تنكحه بعقد جديد.

و إنّما يحلّ العقد على مملوكة الغير بشرط إذنه ذكرا كان أم أنثى، بالدوام أو المتعة، لأنّها بمنافعها مملوكة له لا يجوز لغيره التصرف فيها إلّا بإذنه، و للنصوص من الكتاب و السنّة و قد سبق، و سيأتى الخلاف فى التمتع بأمة المرأة.

و بشرط إذن الحرّة إن كانت تحته بلا خلاف كما فى التذكرة «١» و فى المبسوط الإجماع على بطلان نكاح الأمة على الحرّة «٢» و لعلّ المراد إذا لم تأذن، لما فى الخلاف من الإجماع على الصحة مع الإذن «٣». و إن كانت رتقاء أو كتابية أو غائبة أو هرمة أو صغيرة أو مجنونة أو متمتعا بها و بالجملة من كانت تحته حرّة و لو متعة أو كتابية دائمة أو متعة أو كانت ممّا لا يمكن التمتع بها رأسا أو من بعض الوجوه فلا يصح له التزوّج بالأمة ما لم تأذن الحرّة أو يطلّقها بائنا أو رجعيا و انقضت العدّة، أو يفارقها بغيره، لعموم النص «٤» و الفتوى، و إن قلنا على اشتراط خوف العنت بجواز نكاحها لمن تحته حرّة لا- يمكنه الاستمتاع بها، لكنها إن كانت صغيرة فلا شبهة فى أنّه لا يعتبر إذنها فى صغرها. فإن قلنا بالبطلان إذا وقع بلا إذن، توجّه البطلان هنا، لعموم

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٦٤٢ س ٣.

(٢) المبسوط: ج ٤ ص ٢١٥.

(٣) الخلاف: ج ٤ ص ٣١٥ المسألة ٨٧.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٣٩٤ ب ٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٢٩٦

الأخبار «١» الدالّة عليه. و قوّى فى المبسوط الصحة «٢». و يحتمل قيام إذن الولى مقام إذنها. و إن أوقفناه على الإذن احتمل إذن الولى إلى أن تبلغ، ثمّ إذا بلغت كان لها الخيار أو لم يكن. و الوقف على بلوغها و إذنها، و هو ظاهر العبارة. و يحتمل الأوّل تنزيلا للولى منزلتها.

و لا يشترط فى صحة العقد إسلام الأمة و إن كان الزوج مسلما فى المتعة عندنا، و مطلقا عند آخرين و هم المجوّزون لنكاح الكتابية مطلقا، و لا يجوز عند آخرين مطلقا.

و للعبد المسلم أن ينكح الكتابية إن جوّزناه للمسلم مطلقا أو متعة و كذا للكتابى أن يتزوّج بالأمة الكتابية بمعنى أنّ لمولاها إذنها فى نكاحه.

و فى اشتراط عدم الطول لنكاح الحرّة و خوف العنت فى جواز نكاح الحر للأمة خلاف تقدم. فإن شرطناهما و ما قدر إلّا على حرّة رتقاء لا- يمكن علاجها أو غائبة غيبة بعيدة أو فى حكمها ممّا يمنعه من وطئها أو كتابية أو من غلت فى المهر إلى حدّ الإسراف بالنسبة إليه جاز نكاح الأمة لتحقق الشرطين، لعدم اندفاع العنت بالوطء فى دبر الرتقاء إن جوّزناه أو تفخيذها، لأنّه غير المقصود طبعا و شرعا، إلّا أن يقدر زوال العنت به، و لا- بوجود زوجة لا يمكنه وطؤها لبعدها و نحوه إن لم يمكنه إتيانها أو

الإتيان بها أو أمكن بمشقة لا يحتمل عادة، و لا بوجود من لا ترضى من المهر بما يقدر عليه، أو لا ترضى إلّا بما يجحف بماله و إن لم يزد على مهر مثلها و كان من شأنه التزوّج بمثلها، أو لا ترضى إلّا بأضعاف مهر مثلها، لحصول المشقة بالغبن الفاحش و إن لم يجحف بماله.

و أمّا الكتابية فإن حرّمناها مطلقا فالأمر ظاهر، و إلّا فالقدرة عليها لا يمنع

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٩٢ ب ۴۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢١۴.

من نكاح الأمة، للتنصيص في الآية على اشتراط عدم طول نكاح المؤمنات.

و يحتمل العدم، لاشتراط إذنهن إن كنّ تحته كما مرّ، فكذا يمنع القدرة عليهن و إن لم يكن تحته.

و يدفعه أنّهما حكمان متباينان، لكلّ منهما أدلّة مغايرة لأدلّة الآخر، فلا يحمل أحدهما على الآخر. و لانكسار الشهوة بالاستمتاع بالرتقاء و نحوها بالتفخيذ و نحوه، و إن لم يكن مشتهى طبعا، فلا عنت، كما لا عنت لمن تحته حرّة يعافها، و لا يضرّ حرمان النسل، كما لا يضر فيمن تحته هرمة أو صغيرة.

و يمكن الفرق بأنّ هذه الاستمتاعات غير مقصودة شرعا، فيبعد تحريم ما قصد شرعا لأجل التمكّن منها، و لانتفاء العنت عمّن يقدر على كتابيّة. و الآية حجة عليه، فإن منطوقها أنّ من لم يستطع نكاح المؤمنات و خشي العنت من ترك النكاح فلينكح الإماء، و هو يعمّ من استطاع نكاح الكتابيّة، و لا معارض لها.

و يحتمل في غالية المهر مطلقا ما استطاع و إن أجحف به و لم يلق بحاله في نسبه و شرفه، أو كان المهر أضعاف مهر مثلها لصدق الاستطاعة، و يحتمل ما لم يجحف و إن كان أضعاف مهر مثلها، لصدق عدم الاستطاعة عرفا. و العنت إن عمّمناه بالإجحاف دون غيره، و الإسراف و الغبن الفاحش لا ينفيان الاستطاعة.

و في جواز نكاح الأمة عند التمكّن من نكاح الحرة ذات العيب الذي لا- يمنع من الوطء كالبرصاء و المجذومة و المجنونة إشكال من الاستطاعة و اندفاع العنت به، و من أنّه لا يجب استدامة نكاحها للعيب فأولى أن لا يجب ابتداؤه. و أنّ العنت لا يندفع به، لأنّ هذه العيوب ممّا ينفّر المرء من الاستمتاع بها، و لهذا أوجبت الخيار في الفسخ لا سيّما الجذام الذي يعدي، و أمر بالفرار من المجذوم طبّا و شرعا.

و لو كان مفلّسا أي معدما و رضيت الحرّة بالمؤجل من المهر أقل من مهر المثل لم ينكح الأمة لتساويهما في لزوم شغل الذمة بالمهر، و عدم القدرة الآن على مهر واحدة منهما، و احتمال التجدد لمهر كلّ منهما، و ظهور

أنّ المفهوم من الآية أنّه إنّما يجوز نكاح الأمة إذا كان أخف من نكاح الحرّة حتى يقدر عليه دونه و فرض أقل من مهر المثل ليساوي أو يقرب من مهر الأمة، فإنّ بناء الآية على زيادة مهر الحرّة على مهرها، كما نصّ عليه في بعض الأخبار «١» و قد سمعته.

فإن لم ترض بأقل من مهر المثل و كان يزيد على مهر الأمة، احتمل قويّا جواز نكاح الأمة، لصدق أنّه لا يجد من الطول ما ينكح به الحرة، و إلزام الدين على نفسه زيادة عمّا يلزمه من مهر الأمة حرج عظيم، مع حصول التفاوت بين النكاحين المفهوم من الآية.

و قد يحتمل جواز نكاح الأمة مطلقا، لانتفاء الطول فعلا، و هو المتبادر، و هو ظاهر التحرير «٢».

و خوف العنت إنّما يحصل بغلبة الشهوة و ضعف التقوى المؤدّي إلى الزنا، فإنّ المشهور أنّ العنت هنا الزنا، لإيجابه العذاب في

الدنيا و الآخرة، و يدلّ عليه وقوعه مفعولا للخشية، فإنّه لا معنى لخوف المشقة الحاصلة بترك النكاح و التضرر به.

فلو انتفى أحدهما لم ينكح الأمة و يشكل إذا لحقه بذلك مشقة شديدة أو ضرر من مرض و نحوه. و الحق جوازه حينئذ، خصوصا و أكثر من اشترط فى نكاحها الشرطين بين مصرّح بصحة النكاح و إن فعل محرما، و مطلق للحرمة من غير نصّ على البطلان، و الآية إن سلّمت دلالتها لم تدلّ على البطلان، و من المعلوم أنّ الضرورات تبيح المحظورات، و أن لا حرج فى الدين.

و القادر على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص فى نكاح الأمة، و ربّما احتمل الترخص، لعدم الطول، و هو ضعيف، فإنّ فهم اشتراط خوف العنت أقوى من [فهم] «٣» اشتراط عدم الطول.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٩١ ب ۴۵ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۵.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ١۵ س ٢٧.

(٣) لم يرد فى «ن».

و لو أيسر بعد نكاح الأمة أو زال عنه خوف العنت لم ينفسخ النكاح، و لم يحرم عليه استدامته، و لم تحرم الأمة عليه بشيء من وجوه الاستمتاع، للأصل من غير معارض، و مفارقة الاستدامة للابتداء كثيرا حتى لو طلقها رجعيا جاز له الرجوع. و خالف بعض العامة فأبطل نكاحها «١».

و لا يجوز للعبد و لا للأمة أن يعقدا نكاحا لأنفسهما بل و لغيرهما على قول بدون إذن المالك ذكرا أو أنثى أو وليّه إن نقص.

فإن فعل أحدهما النكاح لنفسه بدونه أى الإذن وقف على الإجازة على رأى الأكثر، و حكى عليه فى العبد الإجماع فى الخلاف «٢» و يدلّ عليه ما تقدّم فى الفضولى، و به هنا بخصوصه أخبار كثيرة، كحسنة زرارة عن الباقر عليه السّلام «٣» و قد تقدمت.

و أبطله من أبطل الفضولى إلّا الشيخ فى الخلاف «۴» و المبسوط «۵» فقد استثنى منه نكاح العبد بدون إذن سيّده كما قدّمناه، و تقدّم أنّ ابن أبى حمزة يبطل الفضولى إلّا فى مواضع منها عقد العبد لنفسه «۶».

و وافقهما ابن إدريس فى إبطال نكاح الأمة مع إيقافه الفضولى على الإجازة «٧» للنهى المفسد. و ضعفه ظاهر. و للنصّ فى بعض الأخبار على البطلان «٨».

و فى بعض على أنّه زنا «٩». و هى مع التسليم محمولة على ما إذا لم يجز. بخلاف العبد، لورود الأخبار بإيقاف نكاحه من صحيح و غيره، و التنصيص فى بعضها على عدم حرمته، و أنّه لم يعص اللّه. و فى حسنة زرارة المتقدّمة أنّه سأل الباقر عليه السّلام عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازه و إن شاء فرّق

---

(١) المجموع: ج ١۶ ص ٢٣٨.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ٢۶٧ المسألة ١٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٢٣ ب ٢۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ٢۵٧ المسألة ١١.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ١۶۶.

(۶) الوسيلة: ص ٣٠٠.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ۵٩۶.

(۸) عوالى اللآلى: ج ۱ ص ۳۰۶ ح ۷ و ۸.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۲۷ ب ۲۹ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

بينهما «۱». و هو يشملهما. و لأنّ للأمة بضعا مملوكا للمولى، فلا يجوز تمليكه لغيره بغير إذنه بخلاف العبد. و هو لا يفيد البطلان، على أنّك قد عرفت وجود القول و الرواية بجواز التمتع بأمة المرأة بدون إذنها.

و فى النهاية «۲» و المهذب «۳» و التهذيب «۴»: إنّ من عقد على أمة الغير بغير إذنه فنكاحه باطل، فإن رضى المولى كان رضاه كالعقد المستأنف. و الظاهر موافقة المشهور، و أن البطلان بمعنى التزلزل كما فى النكت «۵» و المختلف «۶». أو البطلان إن لم يرض المولى. و قد أبقى فى الشرائع «۷» على ظاهره، بمعنى أنّ الرضا بمنزلة التحليل.

و على المولى مع إذنه فى النكاح ابتداء مهر الزوجة اللازم فى ذمة العبد و نفقة زوجته لأنّهما من لوازم الزوجية و العبد لا يملك شيئا، و قد تقدّم الخلاف فيهما و له مهر أمته فإنّها لا تملك شيئا، و لأنه عوض بضعها المملوك له.

و إجازة المولى عقد العبد كالإذن المبتدأ فى النفقة لأنّها تجب يوما يوما، فهو بالنسبة إلى المتجدد كالإذن المبتدأ من غير فرق، و لأنّها تلزم كلّ يوم، فإنّها لا تعيش بلا نفقة و لا ملك للعبد، فلو لم نوجبها على المولى بقيت بلا نفقة، مع عدم الفرق فى مال المولى بين كسبه و غيره.

و فى كونها كالإذن المبتدأ فى لزوم المهر عليه إشكال من أنّ الإجازة مصححة أو كاشفة عن الصحة. و أيضا من أنّها إذن و الإذن فيه إذن فى لوازمه، و أنّ المهر لازم للعقد الصحيح و العبد لا يملك شيئا. و من «۸» أنّ العقد لما

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۲۳ ب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۳۳۹ و ۳۴۰.

(۳) المهذب: ج ۲ ص ۲۱۶.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۴۸ ذيل الحديث ۱۴۲۳.

(۵) النكت بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۳۹- ۳۴۰.

(۶) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۵۲.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۹.

(۸) لم يرد «من» فى ن.

وقع تبعه المهر و لم يلزم المولى حينئذ و أنّها رضيت بكونه فى ذمّة العبد، و فيهما منع ظاهر.

و لو تعدّد المالك افتقر إلى إذن الجميع قبل العقد أو إجازتهم بعده ثمّ ذكر ما يخالف حكمه بأنّ على المولى مع إذنه مهر العبد و نفقة زوجته من الاحتمالات، فقال: و يحتمل ثبوت المهر و النفقة فى كسب العبد المتجدد. و منه ربح تجارته فيصرف ما يكسبه كلّ يوم فى نفقتها، فما فضل يعطى من المهر حتى إذا وفى المهر أعطى الفاضل لمولاه، و لا يدخل لنفقة اليوم الآتى، فإنّ نفقة كلّ يوم إنّما يتعلّق بكسبه، و قد مضى دليل هذا الاحتمال.

و على هذا لا يضمن السيد شيئا من النفقة أو المهر إن أعوز الكسب، لأنّهما لم يتعلّقا بذمته، بل بمال معيّن له، كما أنّ أرش الجناية يتعلّق برقبة المملوك لا بذمة المولى. بل يجب عليه أن يمكّنه من الاكتساب بما يفى بالمهر و النفقة، أو بالنفقة خاصّة إن

وفى المهر.

فإن منعه من الاكتساب بأن استخدمه يوما أو أياما فأجرة المثل تلزمه، لأنّه فى ذلك كالأجنبى فيلزمه ما هو عوض الخدمة.

و يحتمل أن لا يلزمه إلّا أقل الأمرين من الأجرة و الكسب، لأنّ الأجرة إن كانت أقل فهو إنّما استوفى منه الخدمة التى لا يزيد عوضها عليها فلا يلزمه غيرها، و إن كان الكسب أقل فهو إنّما فوّت عليه و على زوجته الكسب، و لم يكن عليه ابتداء إلّا التخلية بينه و بين الكسب، و إنّما كانت تستحق المهر و النفقة منه فلا يلزمه إلّا عوضه.

و يحتمل أن يكون عليه عوض الكسب مطلقا، لأنّ منافعه مملوكة له، و إن وجب عليه التمكين من الكسب فلا عوض عليه فى استيفائها، و إنّما عليه عوض الكسب، لأنّه بمنزلة حق الزوجة.

و يحتمل قويّا أن لا يلزمه إلّا أقلّ الأمرين من كسبه و نفقة يومه إن وفى المهر، لما عرفت من أنّ الفاضل من الكسب حينئذ له، و أنّه إنّما يجب عليه

التمكين من الاكتساب بما يفى بالنفقة، فلا يغرم ما زاد عليه. و أمّا إن كان الكسب أقل فلا يغرم أزيد منه، إذ ليس عليه إلّا التمكين منه، و إن لم يوف المهر فأقل الأمرين من الكسب و مجموع المهر و النفقة.

و ربّما احتمل أن يلزمه نفقة مدّة الاستخدام كائنة ما كانت، لاحتمال أن يكون إن اكتسب و فى بها كسبه.

و يحتمل ثبوت النفقة فى رقبته كما تقدّم نقله عن المبسوط «1» لأصالة عدم ثبوته على السيّد و لو فى كسبه بأن يباع كلّ يوم منه جزء للنفقة إن أمكن، و إلّا فجملة.

و على القول بكون النفقة فى كسبه لو قصر الكسب أو لم يكن ذا كسب احتمل ثبوت النفقة فى رقبته تنزيلا للوطء منزلة الجناية و عملا بأصالة براءة السيد.

و احتمل ثبوتها فى ذمة المولى لعدم الفرق بين الكسب و الرقبة و غيرهما من أمواله، و لمّا أذن فى النكاح فقد أذن فى لوازمه، فالنفقة لازمة عليه، لكنا عيّناها فى كسبه لكونه أقرب إليها و تخفيفا عنه، فإذا قصر أو انتفى لزمته فى غيره.

و احتمل أن تتخيّر الزوجة بين الصبر إلى أن يتمكن العبد من الإنفاق عليها و الفسخ بنفسها أو فسخ الحاكم إن جوّزناه أى الفسخ مع العسر العاجز عن الإنفاق.

و أمّا المهر فلم يذكروا تعلّقه بالرقبة مع أنّه عوض البضع، فتنزيله منزلة أرش الجناية أظهر، و لعلّه لأنّها لما مكّنته من نفسها فقد رضيت بالتأجيل فيتبع به بعد العتق. و يحتمل التعلّق بذمة المولى حينئذ بالتقريب المتقدّم.

و لو اشترته زوجته، أو اتهبته انفسخ النكاح كما تقدّم، فإن كان قبل

---

(1) المبسوط: ج 4 ص 168.

الدخول سقط نصف المهر الذى ضمنه السيد بالتصريح بالضمان أو بالإذن فى النكاح، لكونه مضمنا له عليه، لأنّه انفساخ قبل الدخول باختيارها مع من عليه المهر، فيكون كالمخالعة قبل الدخول. أو سقط جميعه لأنّه فسخ من قبلها من دون اختيار للزوج، و هو مسقط للمهر و إن ضمنه غيره.

فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجميع حذرا من الدور أى لزوم البطلان من الصحة إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضى عراء البيع أى خلوّه، و المعروف العرى بضم العين و سكون الراء، و أمّا العراء فهو الفضاء لا ساتر به من نبات، و

بالقصر الناحيةٔ عن العوض و صحّةٔ البيع تقتضى سقوط العوض، فصحته يقتضى عريةٔ عن العوض، و هو يقتضى بطلانه. و إن أسقطنا النصف خاصةٔ بطل فى النصف، و أمّا إذا اشترته فى الذمّة بما يساوى المهر ثمّ تقاصا فلا يبطل.

و لو اشترته به أى بالمهر المضمون بعد الدخول صحّ لاستقرار المهر به، فلا يسقط بالانفساخ ليؤدّى إلى فساد البيع، سواء كان ثبوت المهر أصالةٔ فى ذمةٔ العبد ثمّ فى ذمّةٔ المولى بالضمان عنه أم فى ذمّته ابتداء، فإنّ المضمون فى ذمةٔ الضامن، فلا يرد أنّها إذا ملكته لم يكن لها فى ذمته شىء، فكذا فى ذمةٔ الضامن لكونه فرعه.

و لو جوّزنا إذن المولى فى نكاح العبد بشرط ثبوت المهر فى ذمّةٔ العبد لأنّ ذمته ممّا يقبل الشغل، لأنّها يشتغل بعوض المتلفات، و إن كان بدون الشرط فى كسبه، أو ذمةٔ المولى، أو قلنا بتعلّقه بذمّته مع الإطلاق فاشترته به بناء على أنّ ذمّته مشغولةٔ بحقّ المولى، فما فيها كأنّه فى ذمته بطل العقد أى البيع قبل الدخول و بعده لأنّ تملكها له يستلزم براءةٔ ذمته من المهر، إذ لا يثبت على المال مال فيخلو البيع عن العوض.

و يحتمل عدم جواز الشرط، لأنّ ذمته مشغولةٔ بحق المولى، فلا تشغل بغيره إلّا فيما دلّ عليه الدليل من عوض المتلفات. و يندفع بأنّها إنّما لا تشغل بغيره لمكان حق المولى، فإذا شغلها المولى انتفى المانع.

و الولد رقّ إن كان أبواه كذلك اتفاقا فإن كانا لمالك واحد فالولد له، و لو كان كلّ منهما لمالك فالولد بينهما نصفان فى المشهور، لأنّه نماء ملكهما لا مزيةٔ، و الفرق بينه و بين ولد الدواب حيث يكون ملكا لمالك الأم خاصّةٔ ثبوت النسب هنا دونها. و هو فرق ضعيف.

و جعله الحلبى كولد الدوب فى تبعيّةٔ الأم «۱». إلّا أن يشترط أحدهما لنفسه أو يشترط أحدهما الأكثر أى أكثر من النصف كالثلثين فيلزم لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» «۲».

و يتبع فى الحرّيةٔ أحد أبويه إن كان حرّا، لأنّ المعهود تغليب الحرّيةٔ لكونها الأصل، و للأخبار كصحيح جميل بن درّاج سأل الصادق عليه السّلام عن رجل حرّ تزوّج بأمةٔ فجاءت بولد، قال: يلحق الولد بأبيه، قال: فعبد تزوّج بحرّةٔ، قال: يلحق الولد بامه «۳» و ألحقه أبو على بالأم دون العبد إلّا مع اشتراط الحرّيةٔ «۴» لخبرين ضعيفين، و لأنّه نماؤها فيتبعها.

إلّا أن يشترط المولى رقيّته فى عقد النكاح فيلزم فى المشهور، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» و لقول الصادق عليه السّلام فى خبر أبى بصير لو أنّ رجلا دبّر جاريةٔ ثمّ زوّجها من رجل فوطأها كانت جاريته و ولدها منه مدبّرين، كما لو أنّ رجلا أتى قوما فتزوّج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك «۵». و هو ضعيف، و الشرط فى الحقيقةٔ على الغير، فإنّ الولد غير، و قد حكم بحريته بدون الشرط، فلا معنى لرقيّته بالشرط مع رجحان الحريةٔ، و لذا تردّد فيه المحقق «۶».

---

(۱) لم نجد التصريح به فى كلامه، و إن نسبه إليه فى المسالك أيضا ج ۸ ص ۹، انظر الكافى فى الفقه: ص ۲۹۶.

(۲) وسائل الشيعةٔ: ج ۱۵ ص ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور ذيل الحديث ۴.

(۳) وسائل الشيعةٔ: ج ۱۴ ص ۵۲۹ ب ۳۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۴) حكاه عنه فى مختلف الشيعةٔ: ج ۷ ص ۲۶۳.

(۵) وسائل الشيعةٔ: ج ۱۴ ص ۵۳۰ ب ۳۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱۰.

(۶) المختصر النافع: ص ۱۸۳.

و على القول بلزوم الشرط لا يسقط بالإسقاط بعده أى بعد النكاح، فإنّه صار من مقتضياته الثابتة.

و لو تزوّج الحر الأمـة من غير إذن مالكها و وطئ قبل الرضا منه به عالما بالتحريم، فهو زان و عليه الحـدّ إلّا أن يجيز المالك بعد ذلك.

و قلنا: إنّ الإجازة كاشفة، فعليه التعزير بإتيانه المحرّم دون الحدّ، لكونها زوجة.

و فى لزوم المهر عليه مع علمها بالتحريم إن لم يجز المولى، أو قلنا بأنّ الإجازة مصـحّحة إشكال، ينشأ من أنّها زانية مع عموم «لا مهر لبغيّ» و أنّه لا عوض للبضع إلّا بالوطء الصـحيح أو شبهة. و من ملكية البضع للمولى فلا يسقط عوضه زناها، إذ «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرىٰ» و نقول بموجب الخبر، إذ لا مهر لها. و هو متجه إن ثبت للبضع عوض للتصرف بهذا الوجه، و هو ممنوع.

و قد يدفع المنع بصـحيح الفضـيل بن يسار سأل الصادق عليه السّلام عمّا إذا أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها، قال: لا ينبغى له ذلك، قال: فإن فعل أ يكون زانيا، قال: لا و لكن يكون خائنا، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها «١».

و فيه إنّ زناها غير معلوم، و الأولى أن يدفع بما سـيأتى من صـحيح الوليد بن صبيح، و لذا أوجب عليه ابن حمزة هنا أيضا العشـر أو نصفه «٢» مع إمكان أن يجهل «٣» التحريم.

و لاـ إشـكال فى أنّ عليه أرش عيبها بالولادة إن عيبت بها كما نصّ عليه فى الوسـيلة «۴». و لاـ فى أنّها لو كانت بكرا لزمه أرش البكارة لأنّه نقص من ماله نقصا بيّنا، فلا يدخل فى المهر هنا و إن دخل فى بعض الوجوه.

و لو كان المتزوّج بالأمة بغير إذن سيّدها عبدا فإن قلنا: إنّه أى

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٣٧ ب ٣۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٢) الوسيلة: ص ٣٠٣.

(٣) فى «ن» تجهل.

(۴) الوسيلة: ص ٣٠٣.

أرش البكـارة أرش جنايـة لأـنّ الاقتضـاض جرح تعلّق برقبته فلاـ بـدّ أن يبـاع فيه كلّا أو بعضا أو يسـلم إلى المجنىّ عليها، إلّا أن يفكّ المولى و إن قلنا إنّه مهر لأنّ من اقتضّ بكرا بنكاح أو شـبهة لم يلزمه إلّا المهر، و إن هاجرت إلينا زوجـة الكافر رددنا عليه المهر كلّه من دون إسقاط أرش البكارة تبع العبد به بعد العتق لتعليقه بذمّته إذا ثبت لها المهر، و إلّا فلا شىء.

و الأقوى الأوّل، خصوصا بالنسـبة إلى المولى، و عدم ضـمان الأرش بوطء الحرائر، لأنّه تابع للوطء، فهى جناية مباحة كالاختتان و الخفض.

و الولـد على كلّ حال للمولى أى مولى الأمة رقّ لانتفاء النسب شـرعا و كونه من نماء ملكه، إلّا إذا كان الزوج عبدا غير مأذون، فسيأتى أنّه لمولاهما.

و يمكن بعيـدا تعميم المولى لئلّا يحتاج إلى الاسـتثناء. أو الجملـة متعلقـة بحريـة الزوج. و قوله: «و لو كان عبـدا- إلى قوله:- بعد العتق» معترض فى البين.

و مع جهلها بالتحريم فله أى لمولاها المهر قطعا مهر المثل إن لم يجز المولى، أو كانت الإجازة مصححة، أو عشر القيمة أو نصفه كما سيأتى.

و لو وطأ جهلا أو لشبهة فى الموطوءة فلا حدّ و لا تعزير و عليه المهر كذلك أو العشر أو نصفه مطلقا أو مع جهلها. و الولد حرّ لثبوت النسب و تبعية الأشرف كما عرفت. و عليه قيمته بتقدير الرّقية لمولى الأم لأنّه نماء ملكه، و لما سيأتى فيمن ادّعت الحرّية. و وقت التقويم يوم سقط حيّا لأنّه أوّل وقت إمكان التقويم، و لو سقط ميتا لم يكن عليه شىء.

و كذا لا حدّ و لا تعزير لو ادّعت الحرّية و لم يكن يعلمها أمة، أو كان و عوّل على قولها لقرائن تثمر الظن، أو مطلقا على تردد فعقد عليها. و يلزمه المهر مهر المثل كما يعطيه كلام المبسوط «١» لظهور فساد العقد.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ١٩٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٣٠٧

و أطلق الأكثر كما هنا، و ظاهره المسمّى و سيصرح به، و كذا فى التحرير «١» و نفاه سلّار مطلقا «٢» لأنّها بغى.

و قيل فى المقنع «٣» و النهاية «۴» و الوسيلة «۵» و المهذب «۶» و الجامع «٧»: يلزمه العشر أى عشر القيمة مع البكارة، و نصفه لا معها لصحيح الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السّلام فى رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة دلّست نفسها له، قال: إن كان الذى زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنّكاح فاسد، قال، قلت: كيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال: إن وجد ممّا أعطاها شيئا فليأخذه، و إن لم يجد شيئا فلا شىء له عليها، و إن كان زوّجها إيّاه ولىّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه و لمواليها عليه عشر قيمة ثمنها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها «٨». و يؤيّده ما تقدم من صحيح الفضيل ابن يسار «٩». و تنزيلهما على كون ذلك مهر مثلها بعيد لا داعى إليه. و عليه أرش عيب الولادة أيضا كما نصّ عليه ابن حمزة «١٠».

و على هذا القول فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده منها، و دفعه إن كانت عينه باقية، فإن تلف ثبت فى ذمتها و تبعها به بعد العتق. و كذا على القول بثبوت المهر، أى مهر كان استعاده منها و دفعه أى «١١» مهر المثل إلى سيدها.

و إن تلف تبعها و الولد رقّ وفاقا للشرائع «١٢» لأنّه نماء المملوكة، و لنحو قول الباقر عليه السّلام فى خبر محمد بن قيس قال: قضى على عليه السّلام فى امرأة أتت قوما

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣٠ س ٩.

(٢) المراسم: ص ١۵٠.

(٣) المقنع: ص ١٠۴.

(۴) النهاية: ج ٢ ص ٣۴٢.

(۵) الوسيلة: ص ٣٠٣.

(۶) المهذب: ج ٢ ص ٢١٧.

(٧) الجامع للشرائع: ص ۴۴٧.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٧٧ ب ۶٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٣٧ ب ٣۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(١٠) الوسيلة: ص ٣٠٣.

(١١) فى «ن» بدل «أى»: أو.

(۱۲) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۰.

فخبّرتهم أنّها حرّة، فتزوّجها أحدهم و أصدقها صداق الحرّة، ثمّ جاء سيدها.

فقال: ترد إليه و ولدها عبيد «۱». و خبر زرارة سأل الصادق عليه السّلام عن أمة أبقت من مواليها، فأتت قبيلة غير قبيلتها فادّعت أنّها حرّة، فوثب عليها رجل فتزوّجها، فظفر بها مولاها بعد ذلك و قد ولدت أولادا. فقال: إن أقام البيّنة الزوج على أنّه تزوّجها على أنّها حرّة أعتق ولدها و ذهب القوم بأمتهم، و إن لم يقم البيّنة أوجع ظهره و استرق ولده «۲». و بمضمونه أفتى الصدوق فى المقنع «۳». و لم نظفر فى الباب بخبر صحيح. و الأصل الحرّية، فهو الأقوى، وفاقا للمبسوط «۴» و السرائر «۵» و نكت النهاية «۶» و يعضده صحيح الوليد بن صبيح لقوله بعد ما تقدّم: قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالى «۷».

و يمكن الجمع بين القولين بحمل الرقّ على التجوّز، و هو الذى يظهر من النكت «۸» و السرائر «۹».

و على الرقيّة وجب عليه أى الأب فكّه بقيمته يوم سقط حيا بلا خلاف، و على القول بالحرّية أيضا يجب على الأب دفع القيمة إلى المولى، لأنّه حال بينه و بين نماء ملكه أن يكون رقا كذا فى السرائر «۱۰» و النكت «۱۱». و على المولى دفعه إليه و أن لا يمتنع من فكّه.

فإن لم يكن له مال استسعى فيه أى فى الفك أو قيمته فإن امتنع من السعى قيل فى النهاية «۱۲» و الغنية «۱۳» و الوسيلة «۱۴» و المهذّب «۱۵»:

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۸ ب ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

(۲) المصدر السابق: ح ۳.

(۳) المقنع: ص ۱۰۴.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۰.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۷.

(۶) النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۴۱.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۷- ۵۷۸ ب ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۸) النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۴۱.

(۹) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۷.

(۱۰) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۷.

(۱۱) النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۴۱.

(۱۲) النهاية: ج ۲ ص ۳۴۲.

(۱۳) الغنية: ص ۳۵۴.

(۱۴) الوسيلة: ص ۳۰۳.

(۱۵) المهذّب: ج ۲ ص ۲۱۶.

يفديهم الإمام من سهم الرقاب من الزكاة، لخبر سماعة سأل الصادق عليه السّلام عن مملوكة أتت قوما و زعمت أنها حرّة، فتزوّجها رجل منهم و أولدها ولدا ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنّها مملوكته و أقرّت الجارية بذلك، فقال: تدفع إلى مولاها هى و ولدها، و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه. قال: قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه فى ثمنه حتى يؤدّيه و يأخذ ولده. قلت: فإن أبى الأب أن يسعى فى ثمن ابنه؟ قال: على الإمام أن يفتديه و لا يملك ولد حرّ «1». و الأظهر كون «حرّ» صفة، لأنّه الذى لا يملك.

ثمّ إنّ الخبر ضعيف، و وجوب القيمة عليه على الحرّية خلاف الأصل، و على تسليمه فالاستسعاء خلاف الأصل، فإنّ غايته كون مديونا معسرا فنظرة إلى ميسرة. و ليس فيه أنّ الافتداء من سهم الرقاب. و أنكره ابن إدريس «2» لاختصاصه بالعبيد و المكاتبين و هم أحرار. و منع المحقق فى النكت «3» الانحصار تارة، لعموم الآية، و اخرى الاختصاص بسهم الرقاب، لعموم الخبر. و إن قلنا بالرّقية فلا إشكال فى جوازه من سهمهما.

و فى الوسيلة: أنّه إن انقطع تصرف الإمام أدّى الأب ثمنه من جهات الزكاة، فإن فقد جميع ذلك بقى الولد رقا حتى يبلغ و يسعى فى فكاك رقبته «4».

و فى النهاية «5» و التهذيب «6» و الاستبصار «7» و المهذب «8»: انّ الولد حرّ إن كان شهد عند الزوج شاهدان بالحرّية، و إن تزوّجها على ظاهر الحال من غير بيّنة فالولد رقّ و عليه فكّه بالقيمة. و كذا فى الغنية لكنه أوجب للسيد القيمة على الأوّل أيضا «9».

---

(1) وسائل الشيعة: ج 14 ص 579 ب 67 من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح 5.

(2) السرائر: ج 2 ص 597.

(3) النكت بهامش النهاية: ج 2 ص 341.

(4) الوسيلة: ص 303.

(5) النهاية: ج 2 ص 340.

(6) تهذيب الأحكام: ج 7 ص 349 ذيل الحديث 1426.

(7) الاستبصار: ج 3 ص 217 ذيل الحديث 787.

(8) المهذب: ج 2 ص 217.

(9) الغنية: ص 354.

و فى الجامع «1» إلّا أنّه لم ينص على الرقية فى الثانى. و فى الوسيلة لكن جعل فى حكم شهادة الشاهدين بالحرّية تدليس مدلّس عليه «2». و فى السرائر إلّا أنّه صرّح بالحرّية على التقديرين و بلزوم قيمة الولد للسيد على الشاهدين فى الأوّل «3».

و حمل الشيخ ما فى صحيح الوليد بن صبيح من كون الأولاد أحرارا على أحد وجهين: أحدهما: أنّهم يصيرون أحرارا إذا فكّهم الأب. و الآخر: على صورة شهادة شاهدين بالحرية «4». و استند فيه إلى ما مرّ من خبر زرارة. و أنت تعرف عدم دلالته. و بخبر زرعة عن سماعة سأله عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها فأخبرتهم أنّها حرّة، فتزوّجها رجل منهم فولدت له. قال: ولده مملوكون، إلّا أن يقيم البيّنة أنّه شهد لها شاهدان أنّها حرّة، فلا يملك ولده و يكونون أحرارا «5».

و لو تزوّج العبد بحرّة من دون إذن المولى فلا مهر لها و لا نفقة و إن دخل بها مع علمهما بالرق و انتفاء الإذن و بالتحريم و هو

يتضمن الأوّلين لأنّها بغىّ. و عن السكونى عن الصادق عليه السّلام قال: قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: أيّما امرأة حرّة زوجت نفسها عبدا بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها و لا صداق لها «۶».

قيل: و لا حدّ عليها لمكان الشبهة «۷». و الفرق بينها و بين الحرّ إذا تزوّج أمة كذلك أنّها لنقصان عقلها، و عدم مخالطتها لأهل الشرع يكفى العقد شبهة «۸» لها.

و الفرق بين ذلك و ما إذا تزوّجت حرّا بعقد تعلم فساده أنّ هذا العقد فضولى يجوز فيه إجازة المولى. و يؤيّده ما فى الأخبار من أنّه لم يعص اللّه و إنّما عصى سيده «۹».

---

(۱) الجامع للشرائع: ص ۴۴۶.

(۲) الوسيلة: ص ۳۰۳.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۶ و ۵۹۸.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۴۹ ذيل الحديث ۱۴۲۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۸ ب ۶۷ من أبواب العبيد و الإماء ح ۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۲۴ ب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۳.

(۷) القائل صاحب التنقيح الرائع: ج ۳ ص ۱۴۳.

(۸) فى «ن»: بشبهة.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۲۴ ب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

و حسن «۱» منصور بن حازم عن الصادق عليه السّلام فى مملوك تزوّج بغير إذن مولاه أ عاص للّه؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعم أنّه حرام، و قل له أن لا يفعل إلّا بإذن مولاه «۲».

و أولادها منه رقّ لانتفاء النسب، و كونه من نماء المملوك، كذا قطع به الأصحاب مع ما سيأتى من أنّ العبد إذا زنى بالحرّة كان ولده أحرارا.

و مع الجهل بأحد ما ذكر فالولد حرّ لثبوت النسب، و الأخبار الناطقة بالتبعيّة للحرّ من الأبوين.

و حكم المفيد بالرقية «۳» من غير فرق بين علمها و جهلها. و استدل له الشيخ بخبر العلاء بن رزين عن الصادق عليه السّلام فى رجل دبّر غلاما له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوّج منهم و لم يعلمهم أنّه عبد، فولد له أولاد و كسب مالا، و مات مولاه الذى دبّره، فجاءه ورثة الميّت الذى دبّر العبد فطالبوا العبد فما ترى؟ فقال: العبد و ولده لورثة الميّت، قال: قلت: أ ليس قد دبّر العبد؟ قال: إنّه لما أبق هدم تدبيره و رجع رقّا «۴». و الأوّل أقوى و أشهر.

و لا قيمة عليها لأولادها، للأصل من غير معارض. و يتبع العبد بالمهر بعد عتقه إن دخل بها.

و لو تزوّج العبد بأمة، فإن أذن الموليان قبله أو بعده أو لم يأذنا فالولد لهما نصفين، لأنّه نماء ملكهما، إلّا أن يشترطه أحدهما كما مرّ.

و لو أذن أحدهما خاصة فالولد لمن لم يأذن خاصة كذا ذكره الأصحاب من غير نقل خلاف، و ادعى بعضهم النصّ «۵». و ربّما استدل عليه بأنّ من أذن فقد أقدم على فوات الولد منه، إذ ربما تزوّج المأذون بمن ليس برقيق. و لا يتمّ إذا قصر الإذن على الرقيق.

(۱) فى ن: «و خبر».

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۲۲ ب ۲۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۳) المقنعة: ص ۵۰۷ و ۵۰۸.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۵۳ ح ۱۴۳۷.

(۵) فى «ن» زيادة: عليه.

و لو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختص و أحدهما دون الآخر فإشكال من عموم الإفتاء بأن الولد لمن لم يأذن و اشتراك العلّة، و من أنّ الأصل تبعية النماء للأصل، خرج منه موضع اليقين و هو ما إذا اتحد المالك فالباقى على أصله.

و لو زنى العبد بأمة غير مولاه، فالولد لمولى الأمة لأنّه نماؤها مع انتفاء النسب عن الزانى و إن كان أصلا له و لذا لو زنى بحرّة فالولد حرّ و يؤكّد الأوّل ما نصّ من الأخبار «۱» على أنّ من تزوّج أمة غيره على أنّها حرّة فولده منها رقيق.

و لو زوّج عبده أمته ففى اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال، ينشأ من أنّه عقد أو إباحة و الأوّل هو الموافق للأصل و الاحتياط و الظاهر من الأصحاب و الأخبار و صريح التهذيب «۲» و النهاية «۳» و صحيح على بن يقطين سأل الكاظم عليه السّلام عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟

قال: لا يحلّ له «۴».

و دليل الثانى- و هو اختيار ابن إدريس «۵»- أنّ الفراق بيد المولى، و لو كان نكاحا لم يفترقا إلّا بالطلاق، أو الموت، أو الارتداد، أو بتحدّد ملك، أو الفسخ بعيب، أو تدليس، أو عتق أو تجدد ملك، و فيه منع، و نحو قول الباقر عليه السّلام فى صحيح محمّد بن مسلم و قد سأله عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ يجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلانة و يعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه، و لا بدّ من طعام أو درهم أو نحو ذلك «۶».

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۷ ب ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۲) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۴۴ ذيل الحديث ۱۰۶۲.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۸۷ و ۳۸۸.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۶ ب ۳۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۶۰۰.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۴۸ ب ۴۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

و دلالته على الأوّل أوضح، للفظ الإنكاح، و اجتزأ به عن ذكر القبول، لظهوره، أو يقال: لا حاجة هنا إلى القبول، لأنّ العبد ممّن لا يملكه، لجواز إجباره من المولى، فهو يتولّى طرفى العقد، و أنكحتك فلانة يتضمنها.

و فى وجوب إعطائها من مال الولى شيئا خلاف فظاهر الشيخ «۱» و ابنى حمزة «۲» و البراج «۳» الأوّل، لظاهر نحو صحيح محمّد بن مسلم المتقدّم آنفا و حسن الحلبى قال للصادق عليه السّلام: الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يقول: قد أنكحتك فلانة و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبله مولاه و لو مدّا من طعام أو درهما أو نحو ذلك «۴».

و الأكثر و منهم المفيد على الاستحباب «۵» للأصل، و عدم التنصيص على الوجوب، و فى إطلاق العبارة إشارة إلى أنّه على كلّ تقدير لا يتعيّن كونه مهرا كما يظهر من لفظ الشيخين، لعدم الدليل عليه، فلا يبتنى وجوبه على كون التزويج هنا عقدا، و لذا لم يفرّعه عليه.

و لو أعتقا فأجازت النكاح قبل الدخول أو بعده مع التسمية و عدمها فإشكال:

فى استمرار النكاح من كونه عقدا فيستمرّ، أو إباحة فلا، لأنّها لا يتعلّق بالحرّة.

و فى لزوم المهر مع التسمية و عدمها قبل الدخول من كونه استمرار الإباحة، أو لنكاح لا يوجب المهر من أصله، و إن سمّى لغة التسمية فلا- يوجبه الآن و إن دخل «۶» إذ لو كان دخل قبل لم يوجبه فكذا بعد، لأنّه المستمر. و من أنّه إنّما لم يوجب مهرا لكونهما مملوكين، و لا يثبت للمملوكة على مالكها مهر و هى الآن حرّة، و الحرّة المنكوحة يجب لها المهر دخل بها أو لا، فهو كالنكاح الفضولى

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۴۵.

(۲) الوسيلة: ص ۳۰۵.

(۳) المهذّب: ج ۲ ص ۲۱۸.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۴۸ ب ۴۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۵) المقنعة: ص ۵۰۷.

(۶) فى ن: «و إن دخل بعد».

بالنسبة إلى الزوج يلزمه المهر إذا أجاز و إن لم يجب على غيره، و هو هنا المولى، و يجب لها المهر إن دخل بعد ذلك، لأنّه دخول بنكاح صحيح بالحرة فلا يخلو عن المهر كمفوّضة البضع. و يحتمل الوجوب عليه و إن أوجبناه على المولى مع التسمية أو مطلقا إن لم يعطها شيئا، لأنّه إنّما لزم المولى لكونه عبدا لا يملك شيئا، فإذا ملك انتقل إلى ذمته. و الأقوى بقاء الوجوب حينئذ على المولى للأصل.

و فى لزومه بعد الدخول قبل العتق مع التسمية و عدمها من عدم الاقتران «۱» فى الدخول بين مرّة و أزيد، فإذا لم يجب لها به مرّة فلا يجب بعدها أيضا و ممّا تقدّم. و يحتمل لزوم المهر لها مطلقا مع التسمية، و بدونها مع الدخول، و بدونه لما أنّ بضعها كان أوّلا مملوكا لغيرها فلم يكن لها منه عوض و الآن صار مملوكا لها فيثبت لها العوض بالوطء الصحيح.

ثمّ من الظاهر أنّ المهر الواجب لها إن قلنا به مهر المثل إن لم يسمّ أو لغت التسمية، و إلّا فالمسمّى.

ثمّ إن أوجبنا على المولى إعطاء شي‌ء و أعطاها لم يكن إشكال فى عدم الوجوب على الزوج إن كان ذلك مهرا، و إلّا جرى فيه الإشكال.

و لو مات المولى بعد تزويج أمته من عبده و هما باقيان على الرقية كان للورثة الفسخ لانتقال الملك إليهم لا للأمة لبقائها على الرقية و انتفاء المقتضى له أو لجوازه منها.

و لو تزوّج العبد بمملوكة، فأذن له مولاه فى شرائها، فإن اشتراها لمولاه أو لنفسه بإذنه أى بأن كان الإذن له فى ذلك أو ملكه إياها بعد الابتياع و قلنا: انّه لا يملك شيئا و إن ملّكه مولاه فالعقد باق و لغا الشراء أو التمليك و إلّا نقل به، بل ملّكناه بالتمليك بطل العقد إذا ملّكها. و لو تحرّر بعضه و اشترى زوجته بطل العقد إن اشتراه لنفسه. و إن شرّك بينه و بين مولاه أو غيره بأن كان

بمال مشترک فإنّ البضع لا يتبعض.

---

(١) فی ن: «الافتراق».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٣١٥

و لو اشترى الحرّ المتزوّج بأمة حصته منها، أو بأمة مشتركة حصة أحد الشريكين بطل العقد لذلک و حرم وطؤها لحرمة التصرف فی ملک الغير بغير إذنه. فإن أجاز الشريک النكاح بعد البيع، ففی الجواز أی جواز وطئها خلاف و الوجه العدم، لتضاد الملک و الزوجية، فإذا ملک البعض لم يتعلّق به النكاح، و لا يتبعّض فيتعلّق بالبعض الآخر.

و الشيخ و القاضی على الجواز، قال فی النهاية: و إذا تزوّج الرجل جارية بين شريكين ثمّ اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه، إلّا أن يشتری النصف الآخر أو يرضى مالک نصفها بالعقد فيكون ذلک عقدا مستأنفا «١». و نحوه فی المهذب «٢».

و ظاهر إجازته عقد النكاح المتقدّم، و لا وجه له، لأنّه إجازة أوّلا فلا حاجة إليها ثانيا إن صحّ العقد على أمة مشتركة بين الزوج و غيره، و إلّا لم يفد.

فإمّا أن يريد الرضا بالعقد ثانيا، و فيه: أيضا أنّه إن صحّ العقد على مثلها لم يكن لبطلان المتقدّم وجه. أو الرضا بالإباحة كما ذهب إليه ابن إدريس «٣» بناء على أنّها عقد. و حمله المحقق فی النكت على الرضا بعقد البيع للنصف الآخر، و ذكر أن «أو» من سهو الناسخ أو بمعنى الواو «۴».

و كذا فی الجواز لو حلّلها له خلاف، فابن إدريس «۵» على الجواز، و هو الأقوى، لاتحاد سبب الحلّية و هو الملک و إن اختلف بحسب الشطرين، لتعلّقه بحق أحدهما دون الآخر. و يؤيّده خبر محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام: فی جارية بين رجلين دبّراها جميعا ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له حلال «۶».

و قد يقال: السبب متحد، لأنّها كانت حراما، و أنّها حلّت بالتحليل، فالسبب هو التحليل. و فيه أنّ التحليل إنّما تعلّق بأحد الشطرين.

---

(١) النهاية: ج ٢ ص ٣۴٩ و ٣۵٠.

(٢) المهذّب: ج ٢ ص ٢١٩.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ۶٠٣.

(۴) النكت بهامش النهاية: ج ٢ ص ٣۵٠.

(۵) السرائر: ج ٢ ص ۶٠٣.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۴۵ ب ۴١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٣١۶

و عند أبی على «١» و المحقق «٢» أنّها لا تحلّ إلّا بملک الكلّ للاحتياط، و الأصل، و لقوله تعالى «إِلّا عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ» «٣» فإنّها ليست زوجة و لا ملک يمين. و فيه: أنّها بالتحليل ملک يمين، و لخبر زرعة عن سماعة سأله عن رجلين بينهما أمة فزوّجاها من رجل ثمّ إن الرجل اشترى بعض السهمين، قال:

حرّمت عليه باشترائه إياها، و ذلک أنّ بيعها طلاقها إلّا أن يشتريهما جميعا «۴».

[و هو ضعيف مضمر] «۵».

و قال ابن حمزة: إذا هايأها مولياها، فتمتع بها أحدهما فى يوم الشريک بإذنه جاز «۶» لمحوضة النكاح و لفحوى ما سيأتى من خبر محمّد بن مسلم، و هو ضعيف، لضعف الخبر، و المهاياة إنّما يتعلّق بالخدمة دون العين أو البضع.

و لو ملك رجل من الأمة نصفها و كان الباقى حرا لم تحلّ بالملک لعدم كماله و لا بالدائم لعدم جواز التزوج بأمته.

و هل تحلّ متعة فى أيامها؟ قيل فى النهاية «۷» و الجامع «۸»: نعم لخبر محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام فى جارية بين شريكين دبّراها جميعا ثمّ أحل أحدهما فرجها لشريكه، فقال: هو له حلال ثمّ قال: و أيّهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذى مات و نصفها مدبرا، قلت: أ رأيت إن أراد الباقى منهما أن يمسها إله ذلك؟ قال: لا إلّا أن يثبت عتقها و يتزوّجها برضى منها متى أراد، قلت: أ ليس قد صار نصفها حرا و قد ملكت نصف رقبتها و النصف الآخر للباقى منهما؟ قال: بلى، قلت: فإن هى جعلت مولاها فى حلّ من فرجها و أحلّت له ذلك؟ قال: لا يجوز له ذلك، قلت: و لم لا يجوز له ذلك و قد أجزت للذى كان له

---

(۱) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۶۲.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۱.

(۳) المؤمنون: ۶.

(۴) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۴۴۹ ح ۴۵۵۴.

(۵) لم يرد فى «ن».

(۶) الوسيلة: ص ۳۰۴.

(۷) النهاية: ج ۲ ص ۳۸۸.

(۸) الجامع للشرائع: ص ۴۴۸.

نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها؟ قال: إنّ الحرّة لا تهب فرجها و لا تعيره و لا تحلّله و لكن لها من نفسها يوم و للذى دبّرها يوم، فإن أحب أن يتزوّجها متعة بشى‌ء فى اليوم الذى تملّک فيه نفسها فيتمتع منها بشى‌ء قلّ أو كثر «۱».

و المشهور لا، للأصل و الاحتياط و الآية، و ضعف الخبر، و لكن الخبر فى الفقيه «۲» صحيح.

و قد علم أنّه هل يقع عقد أحد الزوجين الحرّ العالم بعبودية الآخر فاسدا أو موقوفا على إذن المالک؟ و أنّ الأولى الثانى فضلا عمّا إذا لم يكن عالما بالعبودية فحينئذ عقد كذلک لو أعتق الرقيق منهما قبل الفسخ أو الإجازة من مالكه لزم العقد من الطرفين لأنّه إنّما كان جائزا من طرفه لمكان العبودية المانعة من اللزوم و قد ارتفع، بخلاف ما لو ملک البائع الفضولى ما باعه لمنافاة ملكه له لبيعه.

[الفصل الثانى فى مبطلاته]

اشارة

الفصل الثانى فى مبطلاته أى ما يتسبّب حتما أو تخييرا لبطلان عقد الرقيق، و المراد بالبطلان ما يعمّ التزلزل و هو الإشراف عليه

أو بطلان اللزوم، و المراد بها المهمّ منها للاختصاص بعقد الرقيق أو بمسائل فی حقّه و هی ثلاثة: العتق و البيع و هما مختصّان به و الطلاق و هو يختص فيه بمسائل، بخلاف سائر المبطلات من العيب و اللعان و الارتداد، و أمّا تفريق المولى لهما فهو طلاق.

ففيه ثلاثة مطالب:

[المطلب الأوّل فی العتق]

المطلب الأوّل فی العتق إذا أعتقت الأمة و كان زوجها عبدا، كان لها الخيار بالنصّ «٣»

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۴۵ ب ۴١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۴۵٧ ح ۴۵٧٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۵٩ ب ۵٢ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

و الإجماع على الفور اتفاقا، كما هو الظاهر اقتصارا على موضع اليقين و الضرورة، و لأنّ الرضا بعد العتق بمنزلة العقد بعده فی الفسخ و الإمضاء، سواء دخل بها أو لا لعموم الأدلّة.

و ليس للمولى إجبارها على الإجازة قبل الدخول لما يلزم من فسخها سقوط المهر و هو له بناء على ثبوته بالعقد إلّا إذا زوّج ذو المائة مثلا- أمته فی حال مرضه الذی مات فيه بمائة و قيمتها مائة ثمّ أعتقها فی المرض لم يكن لها الفسخ قبل الدخول، و إلّا لسقط المهر لأنّ الفسخ منها قبل الدخول فلم تخرج هی من الثلث لأنّها حينئذ نصف ماله، فيبطل عتق بعضها و هو ثلثها فيبطل خيارها اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقّن فيدور الفسخ إلى الفساد، و كذا الحكم إن زوّجها فی الصحّة. و لا يعرف لتقييده بالمرض وجه، إلّا أن يقال: لدفع و هم فساده لكونه تصرفا فی المرض.

و لو كانت تحت حرّ فأعتقت ففی خيار الفسخ خلاف فالأكثر على الخيار، لعموم قول الصادق عليه السّلام فی خبر أبی الصباح الكنانی: أيّما امرأة أعتقت فأمرها بيدها إن شاءت أقامت معه و إن شاءت فارقته «١». و خصوص قوله عليه السّلام فی خبر زيد الشحّام: إذا أعتقت الأمة و لها زوج خيّرت إن كانت تحت حرّ أو عبد «٢». و نحوه قول الرضا عليه السّلام فی خبر محمّد بن آدم «٣». و لقوله عليه السّلام لبريرة: ملكت بضعك فاختاری «۴» فإنّ التعليل يعمّه. و لما روی من أنّ مغيثا زوج بريرة كان حرّا «۵».

و الشيخ فی المبسوط و الخلاف «۶» و المحقق فی الشرائع «٧» على العدم، اقتصارا فی خلاف الأصل على موضع اليقين، و استضعافا للأخبار.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۶١ ب ۵٢ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٨.

(٢) المصدر السابق: ح ١٣.

(٣) المصدر السابق: ح ١٢.

(۴) التمهيد لابن عبد البرّ: ج ٣ ص ۵٧.

(۵) السنن الكبرى للبيهقی: ج ٧ ص ٢٢٣.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ٢۵٨، الخلاف: ج ۴ ص ٣۵٣ و ٣۵۴ المسألة ١٣۴.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۳۱۹

و إذا اختارت الفراق فى موضع ثبوته أى الاختيار قبل الدخول سقط المهر لأنّ الفسخ منها قبل الدخول و ثبت المهر لمولاها إن اختارت فراقه بعده أى الدخول، لاستقراره به، لكنّه لمولاها.

و فى المبسوط «۱» و التحرير «۲»: أنّها إن أعتقت بعد الدخول ثبت المسمّى، و إن أعتقت قبله و لم تعلم به حتّى دخل ثمّ علمت ففسخت، ثبت مهر المثل، لاستناد الفسخ إلى العتق، و [إن] «۳» لم يستقر المسمّى قبله فالوطء خال عن النكاح، فإنّما يثبت مهر المثل، و لا بدّ أن يكون لها لا للمولى. و فيه: أنّ الفسخ هو الموجب للانفساخ لا العتق.

و لو أخّرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها [قطعا] «۴» و لو كان التأخير لجهالة فوريّة الخيار، أو لجهالة أصله، احتمل السقوط لأنّ ثبوته خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقّن، و لأنّ الرضا بعد العلم بملكها بضعها بمنزلة العقد بعده، و لأنّ الجهل لو كان عذرا لكان النسيان كذلك.

و احتمل عدمه لعموم الأدلّة، و كون «الناس فى سعة ما لم يعلموا» «۵» و لأنّ شرع الاختيار للارتفاق، و إن أسقطناه حينئذ انتفى غالبا خصوصا فى الفوريّة، لعدم العلم بها إلّا نادرا.

و احتمل الفرق بين الجهل بأصل الخيار و الجهل بفوريته، فيسقط بالثانى دون الأوّل، لأنّها مع العلم بالخيار إذا أخّرت الفسخ فقد رضيت بالإجازة.

و لاندفاع الضرر بإثبات الخيار لها مع العلم و إن لم تعلم الفورية، و هما ممنوعان.

و لو اختارت المقام و كان العتق قبل الدخول فالمهر المسمّى للسيّد إن أوجبناه بالعقد كما هو المنصور و إلّا بل أوجبناه بالدخول فلها لأنّ الدخول بعد عتقها.

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۹.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲۴ س ۲۵.

(۳) لا يوجد فى ن.

(۴) لا يوجد فى ن.

(۵) عوالى اللئالى: ج ۱ ص ۴۲۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۳۲۰

و إن اختارت المقام بعده أى بعد الدخول بها قبل العتق كان للمولى قطعا.

و لو لم يسمّ شيئا، بل زوّجها المولى مفوّضة البضع، فإن دخل قبل العتق فالمهر المفروض أو مهر المثل للسيّد، لوجوبه لها و هى فى ملكه، و إن دخل بعده بعد علمها به أو قبله أو فرضه بعده و إن لم يدخل فإن قلنا: صداق المفوّضة يجب بالعقد و إن لم يفرض لها و إنّما الفرض كاشف عن قدر الواجب فهو للسيد، و إن قلنا إنّما يجب بالدخول أو بالفرض إن كان قبل الدخول فهو لها، لوجوبه حال الحريّة و أمّا مفوّضة المهر فهى هنا كمن سمّى لها.

و لو اعتقت فى العدّة الرجعيّة فلها الفسخ فى الحال لأنّها إذا كان لها فسخ النكاح مع استقراره فأولى أن يكون لها فسخ علاقته الباقية بعد الطلاق، و فائدته أمران، لأنّها إذا فسخت فتسقط الرجعة و لا تفتقر إلى عدّة أخرى لأنّها اعتدت من الطلاق، و الفسخ لم يبطل العدّة و لكنّها لا يكفيها عدّة الأمة بل تتمّ عدّة الحرّة اعتبارا بما صارت إليه كما سيأتى.

و لو اختارته أى الزوج لم يصحّ، لأنّه أى الزوج جار إلى بينونة، فلا يصحّ اختيارها للنكاح كاختيار الأجنبىّ. فإن اختارته و لم يراجعها فى العدة بانت، و إن راجعها فيها كان لها خيار الفسخ لفساد الاختيار فى العدة و انتفاء ما ينافى الفوريّة، فإنّ الطلاق قاطع للنّكاح فتعتدّ عدّة اخرى عدّة حرّة لانقطاع الاولى. و إن سكتت قبل الرجعة لم يسقط خيارها بعدها بطريق أولى، فإنّ السكوت حينئذ لا يدلّ على الرضا، و لو دلّ فلا يزيد على اختيار النكاح.

و إذا فسخت الأمة نكاحها للعتق فتزوّجها مرّة أخرى بقيت على ثلاث طلقات إن لم يطلّقها قبله، و بالجملة لا يعدّ الفسخ منها، لأنّه ليس طلاقا، و خصوصا إذا كان منها.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۳۲۱

و لو اعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ فورا [و إن لم تكن رشيدة و لم يدخل بها و اختارت الفسخ المسقط للمهر كما يقتضيه الإطلاق، للعموم،] «۱» و كذا المجنونة عند الرشد إذ لا عبرة باختيارهما قبلهما و للزوج الوطء لزوجته المجنونة أو الصغيرة إذا بلغت بعد العتق [و لم تعلم به] «۲» قبله أى الفسخ، لبقاء الزوجية من غير مانع.

و ليس للولىّ الاختيار للنكاح أو الفسخ عنها أى الأمة «۳» [إن أعتقت صغيرة أو مجنونة] «۴» لأنّه أى الاختيار على طريقة الشهوة [و إن كان إذا زوّجها بمملوك لم يكن لها الاختيار إذا كملت كما سبق] «۵».

و لا خيار لها لو أعتق بعضها للأصل، و فهم عتق الكلّ من الأخبار و الفتاوى. و فى المبسوط: لأنّ أحكامها أحكام الإماء فى الصلاة و العدّة و الميراث «۶». و فيه خلاف لبعض الشافعيّة، فإن كملت بعتق كلّها اختارت حينئذ، و لو لم تختر حتى يعتق العبد على وجه لا ينافى الفوريّة فإن قلنا بثبوت الاختيار لها و إن كانت تحت حرّ، فلا إشكال فى ثبوته لها هنا.

و إن قلنا: بالمنع من الاختيار إن كانت تحت الحرّ احتمل ثبوته هنا، لأنّه ثبت سابقا حين كان عبدا فلا يسقط بالحرّيّة كغيره من الحقوق على العبد أو غيره، فكما لا تسقط بعد الثبوت إلّا بما يعلم إسقاطه لها فكذا الاختيار، و هو اختيار المبسوط «۷».

و احتمل السقوط لزوال الضرر كالعيب إذا علمه المشترى بعد زواله و لأنّ زوجها حين الاختيار حرّ لا ينفذ فيه الاختيار، و فيه: منع كون العبرة بحين الاختيار بل بحين ثبوته. و لأنّ الرقّية شرطه ابتداء فكذا استدامة لأصالة بقاء الشرطيّة، و هو أيضا ممنوع.

---

(۱) لا يوجد فى المطبوع.

(۲) فى المطبوع: بعد العتق قبل الكمال أو بعده.

(۳) فى ن: أى عن كلّ منهما.

(۴) لا يوجد فى ن.

(۵) لا يوجد فى المطبوع.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۱.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۳۲۲

و لو اعتقت تحت من نصفه حرّ فلها الخيار و إن منعنا الخيار فى الحرّ لتحقّق النقص برقّيّة البعض. و فيه: أنّه خلاف الأصل فيلزم الاقتصار على المتيقّن.

و لو طلّق بائنا بعد العتق قبل اختيار الفسخ على وجه لا يختلّ الفوريّة أو لم نوجبها احتمل إيقافه، فإن اختارت الفسخ بطل و إلّا وقع، و احتمل وقوعه ينشئان من التنافى بين الطلاق و الفسخ، فإن نفذ «۱» الطلاق بطل حقّها من الفسخ، و لا يمكن «۲» القول

ببطلانه لوقوعه مستجمعا للشرائط «٣» فيقع موقوفا، كما لو طلّق فى الردّة فإنّه يوقف، فإن عاد إلى الإسلام تبيّن صحّته، و إلّا تبيّن الفساد.

و من وقوعه صحيحا مستجمعا للشرائط من كامل صحيح العبارة مع بقاء الزوجيّة و عدم صلاحية الاختيار للمنع، لاتحاد مقتضاهما، و هو انفساخ النكاح، و الافتراق بين العتق و الردّة بظهور البينونة حين الارتداد إن لم يعد بخلافه إذا أعتقت، فإنّها لا تبين إلّا بالفسخ.

و احتمل البطلان من رأس، لأنّها غير معلومة الزوجيّة، و عدم وقوع الطلاق موقوفا، و هو اختيار المبسوط، و قال: إنّه اللائق بمذهبنا «٤».

و لا يفتقر فسخ الأمة إذا أعتقت إلى الحاكم للأصل، و عموم الأدلّة، و للشافعيّة وجه بالافتقار «٥».

و لو أعتق الزوج و [إن] «٦» كانت تحته أمة فلا خيار له للأصل، من غير معارض، على أنّ له التخلّص بالطلاق، خلافا لوجه للشافعيّة «٧» حملا على العيب. و لا لمولاه و إن كانت تحته أمته، و أولى به من ذلك أن لا خيار لزوجته حرّة كانت أو أمة، و لا لمولاها و إن كان مولاه.

---

(١) فى المطبوع بدل «نفذ» هذا.

(٢) فى المطبوع: فلا يمكن.

(٣) فى المطبوع: لشرائطه.

(٤) المبسوط: ج ٤ ص ٢٦١.

(٥) الحاوى الكبير: ج ٩ ص ٣٦٠.

(٦) فى ن: مشطوب عليه.

(٧) راجع مغنى المحتاج: ج ٣ ص ٢١١.

و لو زوّج عبده أمته ثمّ أعتقت أو أعتقا معا أى جميعا اختارت إلّا إذا تقدّم عتقها و أخّرت مع العلم، لعدم الفارق بين اتّحاد المولى و اختلافه، إلّا إذا لم يكن لها الخيار إن كانت تحت حرّ فلا خيار لها إن أعتقا معا أو أعتق قبلها، أو لم تعلم بالعتق حتّى عتق، على الاحتمال المتقدّم.

و لو كانا لاثنين فأعتقا دفعة أو سبق عتقها أو مطلقا سبق عتقها أو لحق أو اقترنا على رأى اختيارها و إن كانت تحت حرّ اختارت و كذا اختيارها لو أعتقا دفعة على هذا الرأى، و كذا إن كانا لمالك، و أعتقا دفعة أو سبق عتقه فإنّما يختار على هذا الرأى، و لا جهة لتخصيصه بالإطلاق هنا.

و بالجملة لا فرق على هذا الرأى بين أن يكونا لمالك أو لمالكين أو يكون الزوج حرّا، و لا بين أن تعتق هى خاصّة أو يعتقا معا أو على التعاقب أيّهما يقدّم.

و الحال على القول الآخر معلومة.

و يجوز أن يجعل عتق أمته مهرا لها فى تزويجها من نفسه بالإجماع و النصوص المستفيضة «١» فلا يرد كيف يتزوّج أمته، و كيف يجعل العتق مهرها، و لا بدّ من تحقّق المهر قبل النكاح مع لزوم الدور، لتوقّف النكاح على العتق، و بالعكس.

مع اندفاع الجميع بأنّ العتق لمّا اقترن بالنكاح لم يتزوّج أمته، و لزوم تحقّق المهر قبل النكاح ممنوع بل يكفى المقارنة، و النكاح

إنّما يتوقّف على اقتران العتق به.

و إنّما يلزم العقد فى المشهور إن قدّم النكاح فيقول: تزوّجتك و أعتقتك و جعلت مهرك عتقك لوقوع التزوّج بها و هى أمة، فلا خيار لها، بخلاف ما لو عكس فإنّها تعتق قبل النكاح، فيكون أمرها بيدها، و فيه نظر ظاهر.

و لصحيح علىّ بن جعفر سأل أخاه موسى عليه السّلام عن رجل قال لأمته: أعتقتك و جعلت عتقك مهرك، قال: عتقت، و هى بالخيار إن شاءت تزوّجته و إن شاءت

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠٩ ب ١١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

فلا، فإن تزوّجته فليعطها شيئا، فإن قال: قد تزوّجتك و جعلت مهرك عتقك فإنّ النكاح واقع و لا يعطيها شيئا «١». و خبر محمّد بن آدم عن الرضا عليه السّلام: فى الرجل يقول لجاريته: قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك، قال: جاز العتق، و الأمر إليها إن شاءت زوّجته نفسها و إن شاءت لم تفعل، فإن زوّجته نفسها فأحبّ له أن يعطيها شيئا «٢». و هما لا ينصّان على تمام المطلوب، لجواز أن يكون اختيارها لعدم التعرّض للتزويج، فإنّه الظاهر لا تقديم العتق عليه.

و فى اشتراط قبولها الذى هو فى الحقيقة إيجاب أو الاكتفاء بقوله:

تزوّجتك و جعلت مهرك عتقك عن قوله: أعتقتك، إشكال أمّا فى الأوّل فمن أنّه عقد لا بدّ له من طرفى إيجاب و قبول، و هو الوجه احتياطا فى الفرج، و من أنّ الأصل فيه النقل المستفيض، و هو خال عنه، و فيه: أنّ الخلوّ للاتّكال على الظهور، و لأنّها رقيقة لا عبرة بقولها «٣». و فيه: أنّها تحرّرت بتمام قوله، و لولاه لم يصحّ التزويج، و لأنّ حلّ الوطء مملوك له فى جملة ما يملكه لملك العين، فإذا أعتقها و تزوّجها فكأنّه استثنى من المنافع التابعة للعين البضع، و لو لم يستثنه حرم عليه، و ضعفه ظاهر.

و أمّا فى الثانى فمن أنّ العتق لا يقع إلّا بلفظه الصريح فى الإعتاق، و لأصالة بقاء الملك و الاحتياط، و هو الوجه، و من أنّه كسائر المهور فهى تملك نفسها بمجرّد ذلك كما تملك الثوب بقوله: تزوّجتك و جعلت مهرك هذا الثوب، و ضعفه ظاهر، و لما تقدّم من صحيح علىّ بن جعفر، و ليس صريحا فيه.

و لو قدّم العتق انعتقت و كان لها الخيار فى النكاح لما تقدّم، و الظاهر حينئذ فساد المهر، و يؤيّده الخبر «۴».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١٠ ب ١٢ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٢) المصدر السابق: ح ٢.

(٣) فى المطبوع: بقبولها.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١٠ ب ١٢ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

و قيل فى المقنعة «١» و الخلاف «٢» و الشرائع «٣»: لا خيار لها فيه، لخبر عبيد بن زرارة قال للصادق عليه السّلام: رجل قال لجاريته: أعتقتك و جعلت عتقك مهرك، فقال: جائز «۴». فإنّ الظاهر إرادة الصحة و المضىّ لا التزلزل، و لأنّه تتمّة الكلام فالمجموع بمنزلة عقد واحد، فلا يمكن القول بوقوع قضيّة أحد جزءيه دون الآخر، لكن إن لم يشترط القبول هنا فى النكاح وقع العتق و النكاح جميعا، و إن اشترط فإن لم تقبل لم تنعتق أيضا.

و قيل فى ظاهر الكافى «۵» لا بد من أن يقدّم العتق و هو اختيار الإرشاد «۶» و المختلف «٧» لأنّ تزويج المولى الأمة من نفسه

باطل و فيه أنّ الكلام إنّما يتمّ بآخره.

و لو جعل ذلك أى التزويج بجعل العتق مهرا فى أمة الغير ابتنى الأمر فيه على الأمر فى عتق المرتهن الأمة المرهونة فإن أنفذنا عتق المرتهن مع الإجازة فيه للمولى فالأقرب هنا الصحّة أيضا، للاشتراك فى تعلّق العتق بأمة الغير مع إجازته و تغليب الحرّية، و يحتمل الفرق بين تغليب المرتهن و غيره بتعلّق حقّ المرتهن بالعين و بالشك فى جواز جعل مال الغير أو فكّه مهرا بالإجازة بعده.

و إلّا ينفذ عتقه فلا شبهة فى البطلان هنا. هذا فى المهر.

و أمّا النكاح فيبتنى صحّة و فسادا على حكم العقد الفضولى من الصحّة و الفساد، و فساد المهر لا يوجب فساده.

و الأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهرا لعموم العتق فى الأخبار «٨» و الفتاوى، لعتق الكلّ و البعض، و لأنّ العتق كما يجوز تعليقه بالكلّ

---

(١) المقنعة: ص ٥۴٩.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ٢۶٨ المسألة ٢٢.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣١٢.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١٠ ب ١١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۶.

(۵) الكافى فى الفقه: ص ٣١٧.

(۶) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٣.

(٧) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٢٨۶.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠٩ ب ١١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

يجوز تعليقه بالبعض، و كما يصلح كلّ الأمة لكونها مهرا يصلح بعضها، و لا يلزم تعلق النكاح بمن بعضها رقّ له لسراية العتق فلا مانع.

و حينئذ يسرى العتق إلى جميعها، لما تقرّر من أنّ من أعتق شقصا من رقيقه سرى فى الباقى خاصّة أى لا الكون مهرا، بل المهر إنّما هو الشقص المعتق بالأصالة، و تظهر الفائدة فيما لو طلّقها قبل الدخول فإنّه يعود ربعها- مثلا- رقّا لا نصفها فتستسعى فى قيمته على قول الشيخ «١» أو يرجع عليها ربع قيمتها على قول الصدوق «٢».

و يحتمل المنع وفاقا لفخر الإسلام «٣» اقتصارا فى خلاف الأصل على المتيقّن، فإنّ المتبادر عتق الكلّ، و عليه إن قدّم العتق عتقت، و كانت فى النكاح بالخيار، فإن قبلت مضى، و إن فسد المهر.

و لو كان بعضها حرّا فجعل عتق نصيبه منها مهرا لها صحّ النكاح و المهر، لعموم الأمة فى الأخبار و الفتاوى للمبعّضة، و لأنّه إذا جاز نكاح القنّ فالمبعّضة أولى. فيشترط هنا القبول قطعا لحرّيّة بعضها.

و قد يمنع الصحّة هنا، و الأولوية بناء على احتمال أن تكون الصحّة فى المحضة، لكونه فى معنى استثناء البضع ممّا يدخل فى العتق.

و لو كانت مشتركة بينه مع الغير فتزوّجها و جعل عتق نصيبه مهرا فالأقرب الصحّة لما عرفت من عدم الفرق بين عتق الكل و البعض، و لا مانع إلّا شركة الغير.

و لا يصلح للمنع، لأنّه يسرى العتق، و لذلك لا اعتبار برضى الشريك و لو لم يسر ما لم يؤدّ قيمة نصيب الشريك صحّ أيضا إن

وقع بإذن الشريك أو أجاز «۴».

و بالجملة فالشركة غير مانعة من الصحّة، لكن يفترق الحال بالتوقّف على

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۹۷.

(۲) المقنع: ص ۱۰۳.

(۳) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۱۵۷.

(۴) فى المطبوع: إذ أجاز.

رضا الشريك و عدمه بالاختلاف فى توقّف السراية على الأداء و عدمه، و أمّا الإيقاف على الأداء فمشكل، و أمّا رضاها فيعتبر إن اعتبر رضى المحضة المختصّة، و إلّا فلا. و أمّا الإيراد عليه بلزوم الدّور لتوقّف كلّ من العتق و صحة العقد على الآخر، فهو مشترك بينها و بين المحضة المختصّة التى هى أصل المسألة ورودا و اندفاعا، و يحتمل البطلان للخروج عن النصّ، و هو ممنوع.

و كذا لا اعتبار برضاه أى الشريك، و لو جعل الجميع مهرا فإنّه ينعتق عليه نصيبه قهرا، و الزوج هو الذى أعتق الجميع. أو جعل المهر نصيب الشريك خاصة لعدم الفرق بين النصيبين.

و لو أعتق جميع جاريته و جعل عتق بعضها مهرا أو بالعكس بأن جعل عتق الجميع بعض المهر، كان مهرها معه ثوبا مثلا صحّ الجميع أى العتق و النكاح و المهر، لوجود المقتضى، و انتفاء المانع، لعموم النص و الفتوى، و لأنّ الشىء إذا صلح لكون كلّه مهرا صلح له بعضا، و صلح له مع غيره. و ربّما يحتمل البطلان، للخروج عن النص، و هو ممنوع.

و لا ريب فى أنّه ليس الاستيلاد عتقا و إن منع من بيعها ما حيى الولد لكن لو مات مولاها و الولد حيّ عتقت من نصيب ولدها اتفاقا إن وفى، لأنّها ينتقل إليه كلّا أو بعضا فينعتق عليه كلّها أو ينعتق بعضها، و يسرى العتق فى الباقى فتقوّم عليه من نصيبه. فإن عجز النصيب عن الكلّ سعت فى الباقى عند الأكثر.

و قيل فى النهاية «۱»: يلزم الولد السعى إن كان ثمنها دينا على المولى و لم يخلف سواها إلّا أن يموت قبل البلوغ فتباع و يقضى بثمنها الدين، و فى الوسيلة: كذلك إن كان عليه دين فى غير ثمنها «۲» و لعدم انعتاقها بالاستيلاد.

فإن مات الولد و أبوه حيّ عادت إلى محض الرّقيّة و جاز بيعها

(۱) النهاية: ج ۳ ص ۲۶.

(۲) الوسيلة: ص ۳۴۳.

حينئذ و يجوز أيضا بيعها فى ثمن رقبتها و إن كان الولد حيّا إذا كان الثمن دينا و لم يكن لمولاها سواها.

و قيل فى الوسيلة «۱»: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها إن مات ولدها بعده قبل «۲» البلوغ و إن لم يكن شىء من الديون ثمنا لها لأنّه لا نصيب للولد إذا أحاطت الديون بالتركة، و هو مبنيّ على عدم انتقال التركة إلى الورثة مع الدين، و هو ممنوع. و لقول الصادق عليه السّلام فى خبر أبى بصير: فإن مات و عليه دين قوّمت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتّى يكبر ثمّ يجبر على قيمتها «۳». و هو ضعيف سندا، و دلالة معارض بغيره.

و موضع جميع ذلك كتاب العتق، و إنّما ذكره هنا مقدّمة لقوله: و لو كان ثمنها أى الأمة دينا فأعتقها و جعل عتقها مهرها و

تزوّجها و أولدها و أفلس به أى بالثمن و مات صحّ العتق، و لا سبيل عليها و لا على ولدها على رأى وفاقا للمحقّق «۴» و ابن إدريس «۵» و أكثر المتأخّرين، لوقوع العتق من أهله و انعقاد الولد حرّا و خروجها عن أمّ الولد، و الحرّ لا يعود رقّا.

و قال الشيخ فى النهاية «۶» و ابنا الجنيد «۷» و البرّاج «۸»: إنّهما يعودان رقيقين، لصحيح هشام بن سالم قال: سئل أبو عبد اللّه عليه السّلام و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرا إلى سنة فلمّا قبضها المشترى أعتقها من الغد و تزوّجها، و جعل مهرها عتقها، ثمّ مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد اللّه عليه السّلام: إن كان الّذى اشتراها له مال أو عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبتها كان عتقه و نكاحه جائزا،

---

(۱) الوسيلة: ص ۳۴۳.

(۲) لا توجد العبارة فى ن. و فى نسخة بدل المطبوع: قبله بعد.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۱۰۸ ب ۶ من أبواب الاستيلاد ح ۴.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۲.

(۵) السرائر: ج ۳ ص ۱۴.

(۶) النهاية: ج ۳ ص ۱۷.

(۷) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۸۹.

(۸) المهذّب: ج ۲ ص ۳۶۱.

و إن لم تملك مالا- أو عقدة يحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبتها كان عتقه و نكاحه باطلا، لأنّه عتق ما لا يملك، و أرى أنّها رقّ لمولاها الأوّل. قيل له: و إن كانت علقت من الذى أعتقها و تزوّجها ما حال ما فى بطنها؟ فقال: الذى فى بطنها مع أمّه «۱» كهيئتها «۲».

و الجواب أنّه تحمل الرواية بعود الرقّ على وقوعه أى العتق فى المرض الذى مات فيه، و فيه أنّ المرض يفسد عتقها لا حرّيّة الولد، إلّا أن يحمل قوله عليه السّلام: إنّها: «كهيئتها» على المساواة فى الحرّية، و هو بعيد جدّا من اللفظ، و من انكشاف أن لا حرّيّة.

و حملها بعضهم على فساد البيع مع علم المشترى، فيفسد العتق و النكاح، و يكون زانيا، فيكون الولد رقّا. و يرد عليه: أنّه لا جهة لفساده، إلّا أن يقال حينئذ:

سفيه لا ينفذ عقده و لا عتقه، لا أنّه لا جهد حينئذ للتقسيم الذى فعله عليه السّلام فإنّه إنّما يفسده فى القسم الثانى.

و بعضهم على أنّه إنّما أعتق مضارّة بالبائع، فلا يصحّ، لاشتراط القربة فيه، فلا يتمّ فى الولد.

و الأجود أنّ الخبر لضعفه و مخالفته للأصول لا يصلح للعمل عليه.

و هنا وجه ثالث أشير إليه فى الشرائع: إنّ الأمّ تعود رقّا دون الولد «۳». و وجهه ظاهر ممّا مرّ.

[المطلب الثانى فى البيع]

المطلب الثانى فى البيع إذا بيع أحد الزوجين تخيّر المشترى على الفور فى إمضاء العقد و فسخه بالإجماع و النص المستفيض «۴»

و يؤيّده ملك المشترى لمنافعه و تسلّطه

---

(۱) فى المطبوع ون: أمّها.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۸۲ ب ۷۱ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۳ ب ۴۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

عليه و دفع الضرر، و أنّه كما لا يجوز لهما ابتداء النكاح إلّا بإذن المولى فكذا استدامته، و يدلّ على الفوريّة دلالة التأخير على الرضا و اندفاع الضرر معها و الاقتصار على المتيقّن. و عن أبى الصباح عن الصادق عليه السّلام قال: إذا بيعت الأمة و لها زوج، فالذى اشتراها بالخيار إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء تركها معه، فإن تركها معه فليس له أن يفرّق بينهما بعد التراضى «۱».

و الخيار ثابت سواء دخل أو لا لعموم النص «۲» و الفتوى و سواء كان الآخر حرّا أو لا لذلك، و لصحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام أنّه قال فى الرجل يزوّج أمته رجلا حرّا ثمّ يبيعها، قال: هو فراق بينهما إلّا أن يشاء المشترى أن يدعهما «۳». و نحو منه صحيح الحلبى عن الصادق عليه السّلام «۴» و سيأتى الخلاف إذا كانت حرة.

و سواء كانا لمالك واحد أو كلّ واحد لمالك أو كانا مشتركين، و سواء اشتراهما أو أحدهما واحد أو أزيد.

و يتخيّر مالك الآخر إن كان مملوكا لو اختار المشترى الإمضاء فيه و فى الفسخ على الفور أيضا وفاقا للنهاية «۵» و المهذّب «۶». سواء كان هو البائع بأن كانا له أو غيره لأنّه إنّما رضى بالعقد على مملوكه أو مملوك البائع، و الأغراض يختلف باختلاف الملاك، و خصوصا إذا كان الولد مشتركا بين المالكين، و كما يعتبر الإذن ابتداء لتعلّق حقّه و دفع الضرر فكذا استدامة، و لإطلاق الأخبار بأنّ بيع الأمة طلاقها «۷» و هو شامل لثبوت الخيار لكلّ من المشترى و مالك الآخر، و لأنّ أحد المالكين لمّا تسبّب للخيار فى الفسخ لزم ثبوته للآخر تسوية

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۶ ب ۴۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۳ ب ۴۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۳ ب ۴۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۵ ب ۶۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

(۵) النهاية: ج ۲ ص ۳۴۸.

(۶) المهذّب: ج ۲ ص ۲۱۸.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۳ ب ۴۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

بينهما، و خالف ابن إدريس «۱» اقتصارا على النص و احتياطا، و لرضاه بالعقد أوّلا.

و قيل فى السرائر «۲»: ليس لمشترى العبد فسخ نكاح زوجته الحرّة اقتصارا على المتيقّن و احتياطا، و مال إليه المحقّق «۳». و المشهور مساواتها للأمة للتساوى بالنسبة إلى المشترى، فإنّ العبد مملوك له فهو مسلّط عليه فى ابتداء النكاح فكذا استدامته. و لخبر محمّد بن على عن أبى الحسن عليه السّلام قال: إذا تزوّج المملوك حرّة فللمولى أن يفرّق بينهما، فإن زوّجه المولى حرّة

فله أن يفرّق بينهما «۴». إذ ليس له التفريق إلّا بالبيع المعرض للتفريق، و هو ضعيف سندا و دلالة، لجواز أن لا يكون التفريق بفسخ النكاح بل بالاستخدام.

و لو تعدّد الملّاك أى المشترون أو ملاك الآخر فاختار بعضهم الفسخ قدّم اختياره على اختيار الراضى كما يقدّم الكاره على الراضى فى ابتداء النكاح، سواء تعدّد المشترى لكلّ منهما أو لأحدهما أو اشترى كلّا منهما مشترى، لعموم الأدلة.

و لو باعهما المالك الواحد على اثنين بالتشريك لهما فيهما أو كلّا على واحد تخيّر كلّ منهما، و كذا لو اشتراهما واحد من واحد أو من اثنين تخيّر لعموم الأدلّة و من المعلوم أنّ مهر الأمة لسيّدها، فإن باعها قبل الدخول و فسخ المشترى سقط المهر، لأنّ البيع بمنزلة الفسخ و قد وقع قبل الدخول من مالك البضع، و مستحق المهر و هو المولى، و لا فرق بين أن يكون قبض المهر أو لم يقبضه، فإن قبضه استردّه الزوج. و أطلق فى المبسوط: أنّه إن قبض المهر كان له النصف و ردّ النصف «۵» لأنّ البيع طلاق و الطلاق قبل الدخول منصّف.

و إن أجاز فالمهر للمشترى وفاقا لابن إدريس «۶» و المحقّق «۷» لأنّ

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۶۰۱.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۸.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۴ ب ۶۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۸.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۶۴۱.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۳.

البيع فسخ و الإجازة كاستئناف العقد، و هو ضعيف، فإن أوجبنا المهر بالعقد فإنّ الإجازة تقرير للعقد، و يرشد إليه أنّها إن أعتقت قبل الدخول فأجازت كان المهر للسيّد، إلّا أن يفرّق بأنّ البيع معاوضة يقتضى تمليك المنافع تبعا للعين، و المهر من المنافع.

و فى المبسوط اضطراب، فحكم تارة بأنّ البائع إن قبض المهر لم يكن للمشترى شىء، لأنّه لا يكون مهران فى عقد، و إن لم يقبض استحقّه المشترى كلّا إن دخل بعد الشراء و نصفا إن لم يدخل.

و اخرى بأنّه إن دخل بعد الشراء كان نصف المهر له بالدخول و النصف الآخر للبائع بالعقد، من غير فرق بين أن يكون البائع قبضه أو لا.

و اخرى بأنّ البائع إن قبض بعض المهر لم يكن له المطالبة بالباقى، فإن أجاز المشترى طالب به.

و اخرى بأنّ البائع إن قبض المهر استردّه الزوج من غير تفصيل «۱».

و لو باع بعد الدخول فالمهر للبائع قطعا، لاستقراره فى ملكه، و لأنّه عوض البضع المملوك له سواء أجاز المشترى أو لا و سواء قبضه البائع أم لا.

و فى المبسوط: إن لم يقبضه البائع طالب به المشترى، و إن قبض البعض لم يكن له المطالبة بالباقى، للحيلولة بينهما بالبيع، فإن أجاز المشترى طالب هو بالباقى «۲».

و «٣» فى النهاية: أنّه إذا قبض من المهر شيئا لم يكن له المطالبة بالباقى و لا للمشترى، إلّا أن يرضى بالعقد «۴». لخبر أبى بصير عن أحدهما عليهما السّلام فى رجل زوّج مملوكته من رجل على أربعمائة درهم فعجّل له مائتى درهم و أخّر عنه مائتى درهم فدخل بها زوجها ثمّ إنّ سيّدها باعها بعد من رجل لمن يكون

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۸.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۸.

(۳) فى ن زيادة: أطلق.

(۴) النهاية: ج ۲ ص ۴۰۱.

المائتان المؤخّرة عنه، فقال: إن لم يكن أوفاها بقيّة المهر حتّى باعها فلا شىء عليه له و لا لغيره «۱». بحمل نفيه عن غيره على ما إذا لم يجز المشترى، و هو ضعيف مخالف للأصول. و حمل الدخول فى المختلف على الخلوة بها من غير إيلاج «۲»، و عدم إيفاء البقيّة على عدم الإيلاج الموجب للإيفاء.

و لو باع عبده و له زوجة فللمشترى الفسخ كما عرفت و على المولى نصف المهر للحرّة إن كانت زوجته و لم يدخل بها، لأنّه بمنزلة الطلاق قبل الدخول، و لخبر على بن أبى حمزة عن الكاظم عليه السّلام: فى رجل زوّج مملوكا له امرأة حرّة على مائة درهم ثمّ إنّه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنّما هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيّده «۳».

و منهم من أنكرهما أى اختيار المشترى و ثبوت نصف المهر، و هو ابن إدريس «۴» لما عرفت من نفيه الخيار، و إذا انتفى انتفى التنصيف، إذ لا فسخ. و لو سلّم كونه فسخا فكونه كالطلاق و التنصيف ممنوع، و التسمية بالطلاق فى الأخبار إنّما وقعت فى بيع الأمة.

و لو باع أمة و ادّعى بعد ذلك أنّ حملها منه على وجه يحتمل الصحّة فأنكر المشترى، لم يقبل قوله فى فساد البيع لأنّه خلاف الأصل و لا يجديه إقرارها، لأنّه فى حقّ الغير. نعم لو ادّعى علمه كان له إحلافه.

و فى قبول الالتحاق للنسب به نظر، ينشأ: من أنّه إقرار لا ضرر فيه على المشترى، و لا منع من قبول أحد جزئى الدعوى دون الآخر. و فى الخلاف «۵» و السرائر: عندنا أنّه يقبل «۶».

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۰ ب ۸۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۹۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۸۶ ب ۷۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۸ و ۶۴۳.

(۵) الخلاف: كتاب العدّة ج ۵ ص ۸۷ المسألة ۵۱.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۶۳۶.

و من إمكان الضرر على المشترى بشرائه قهرا لو مات أبوه و هو البائع من غير وارث و يمكن القول بالقبول فى الالتحاق فى كلّ

ما على البائع من أحكامه دون ما على المشترى، فلا يقهر على البيع حينئذ. نعم إن باعه اختيارا جاز شراؤه من التركة و إعتاقه، و إن انتقل إليه انعتق عليه أخذا بإقراره، هذا إن دخل الحمل فى بيع الام، و إلّا فلا إشكال فى قبول الالتحاق، لانتفاء الضرر مطلقا.

[المطلب الثالث فى الطلاق]

المطلب الثالث فى الطلاق المشهور أنّ طلاق العبد بيده إذا تزوّج بإذن مولاه ابتداء أو استدامة و لا اعتراض عليه فيه لمولاه، سواء كانت زوجته حرّة أو أمة لغير مولاه و قد مضى الخلاف فيه مع أدلّة القولين.

و ليس له إجباره عليه و لا منعه منه، إلّا أن تكون أمة لمولاه فإنّ طلاقه بيد المولى اتّفاقا، و يعضده النصوص «١» كما عرفت.

و له التفريق بينهما بغير طلاق، مثل فسخت عقدكما، أو يأمر كلّا منهما باعتزال صاحبه و إن قلنا بأنّ التزويج بينهما نكاح لا إباحة للأخبار، كصحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر عليه السّلام عن قول اللّه عزّ و جلّ «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ النِّسٰاءِ إِلّٰا مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» «٢» قال: هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته فيقول له: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثمّ يحبسها حتّى تحيض ثمّ يمسّها «٣» و يشكل على القول بكونه نكاحا إن لم يكن عليه إجماع للاحتياط، و عدم نصوصيّة الأخبار.

و ليس شيء من هذين اللفظين بطلاق على الأصح، سواء كان التزويج بينهما نكاحا أو إباحة، لأنّهما ليسا من ألفاظه. فلا تحرم الزوجة

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٤٠ ب ٤٣ من أبواب مقدّمات شرائطه.

(٢) النساء: ٢۴.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۵٠ ب ۴۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

عليه فى الفسخ الثانى بأحد هذين اللفظين أو بلفظ الطلاق لو تخلّله أى الفسخ الشامل للمرّتين رجعة.

و بالجملة فلا يعدّ الفسخ بهما من الطلقتين المحرّمتين لها إلى أن ينكح زوجا غيره، و على القول بالإباحة ليس لفظ الطلاق أيضا طلاقا و قيل: الكلّ طلاق، لتخيّر المولى بين لفظ الطلاق و غيره، فيدلّ على أنّ الطلاق هنا ممّا يتأدّى بغيره، بخلاف الفسخ بالعيب فإنّه ليس بدلا من الطلاق، و لإفادته فائدته كالخلع، و هو ممنوع. و قيل: إن كان التزويج نكاحا فالكلّ طلاق، و إلّا فلا.

و لو استقلّ العبد بالطلاق لأمة مولاه وقع على إشكال من أنّه طلاق صدر «١» من صحيح العبارة عقيب نكاح صحيح، مع أنّ الطلاق بيد من أخذ بالساق «٢». و من الأخبار الناصّة على أنّه لا يقدر على الطلاق، و هو الأقوى وفاقا للشيخ «٣» و غيره. و قيل: يقع على القول بالنكاح لذلك دون القول بالإباحة، إذ لا خيار له فى الإباحة، فكذا فى فسخها.

و لو أمره المولى بالطلاق فالأقرب أنّه فسخ إن جعلناه إباحة لأنّه كما تحصل الإباحة بكلّ ما يدلّ عليه فكذا الفسخ، و لعدم الفرق بينه و بين اعتزل، بل هو أولى.

و يحتمل العدم، لأنّه أمر له بإيجاده الفسخ فلا يكون فسخا. و يندفع بأنّه يدلّ على عدم الرضا المنافى للإباحة، و هو يكفى. و لأنّه يستدعى بقاء النكاح إلى أن يوقع الطلاق، و هو ينافى الانفساخ. و فيه أنّ المستدعى هو صحة الطلاق و صحّة الأمر به، و ليس بنا حاجة إلى الصحة. و لأنّ مدلوله طلب امتثال الأمر بإيقاع الطلاق، و هو ينافى الانفساخ. و فيه أنّ المنافى هو الامتثال لا الطلب. و لأنّه لو دلّ على الفسخ لامتنع امتثاله فامتنع الخطاب به، و امتناع الخطاب به مسلّم فى وجه، و لزومه ممنوع فى آخر.

(١) فى المطبوع: وقع.

(٢) سنن ابن ماجة: ج ١ ص ٦٧٢ ح ٢٠٨١.

(٣) النهاية: ج ٢ ص ٣٤٥.

و إلّا يكن التزويج بينهما إباحة، بل كان نكاحا فإشكال من أنّه ليس من ألفاظ الطلاق فى شيء و النكاح لا ينفسخ إلّا بالطلاق، أو بعيب و نحوه، و من أنّه أولى من قوله: «اعتزل».

و كذا الإشكال لو طلّق العبد بعد أمره بالطلاق، من أنه طلاق ممّن أخذ بالساق مع صحة عبارته و ارتفاع المانع من عدم إذن المولى. و لقولهما عليهما السّلام فى نحو صحيح زرارة: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيده «١». و قد مرّ مع نظرائه، و من كون التزويج إباحة، فلا معنى للطلاق [و كونه مملوكا لا يقدر على شيء] «٢».

و لو طلّق الأمة زوجها ثمّ بيعت و هى فى العدّة أكملت العدّة و كفت عن الاستبراء على رأى وفاقا للمحقّق «٣»، لأنّ الاستبراء إنّما هو تحصيل العلم ببراءة الرحم، و لذا يسقط إن كانت حائضا، و هو يحصل بانقضاء العدّة، و خالف الشيخ فى المبسوط «٤» و جماعة، لأنّ الأصل فى الأسباب عدم التداخل.

[الفصل الثالث فى الملك و فيه مطلبان]

اشارة

الفصل الثالث فى الملك و فيه مطلبان:

[المطلب الأوّل: ملك الرقبة]

الأوّل: ملك الرقبة و يجوز أن يطأ بملك اليمين ما شاء من العدد من غير حصر بالأصل و الإجماع و النصوص من الكتاب «٥» و السنة «٦». فإن زوّجها من غيره و لو من عبده حرمت عليه من كلّ جهة حتى النظر إليها بشهوة، أو إلى

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٤٣ ب ٤٥ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من ن.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣١٤.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٩ و ٢٧٠.

(٥) النساء: ٢٤.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٤٤٦ ب ٤ من أبواب المتعة.

ما يحرم على غير المالك بالنصّ «١» و الإجماع، و لأنّ الاستمتاع بامرأة واحدة لا يكون مملوكا بتمامه لرجلين معا، و قد ملكه الزوج إلى أن يطلّقها أو يفارقها بغيره و إذا فارقها لا تحلّ للمولى أو غيره إلى أن تعتدّ إن كانت ذات عدّة.

و ليس لمولاها فسخ العقد عليها إلّا ما مرّ من كون الزوج عبده إلّا أنّ له أن يبيعها فيتخيّر المشترى فى الفسخ، فهو مولاها و له الفسخ، و المولى الأوّل تسبّب له، و قد تقدّم أن له الجمع بين الأمة و بنتها فى الملك دون الوطء، و كذا بين الأختين، فإن وطأ من الامّ و البنت أو من الأختين إحداهما حرمت الأمّ للموطوءة و البنت لها مؤبّدا و الأخت جمعا، فإن أخرج الأخت الموطوءة عن ملكه و لو بعقد متزلزل حلّت أختها لصدق الانتقال.

و تتّجه الحرمة على القول بعدم الانتقال ما لم يلزم، و قد مرّ الكلام فيه و فى رهنها و تزويجها، و أنّ لكلّ من الأب و الابن تملّك موطوءة الآخر، لا وطؤها.

و لا تحلّ المشتركة على الشريك و التعدية ب «على» لتنزيل «لا تحلّ» منزلة «تحرم» أو «تحلّ» منزلة «تحرم» لكونه ضدّه، أو لتضمينه معنى المضىّ و نحوه، أو لكون «على» بمعنى اللام، و لا خلاف فى حرمتها على كلّ من الشريكين إلّا بإباحة صاحبه على قول، لأنّه جنس واحد هو التمليك، و قد مضى الكلام فيه. و لا شبهة فى أنّها لا تحلّ له بالعقد لما تقدّم من خروجها عن الزوجة و ملك اليمين جميعا و تحلّ لغيرهما بهما مع اتحاد السبب أى بالإباحة خاصّة أو العقد خاصّة، لانحصار الحقّ فيهما و خروجهما عن ملكه، و حصول المقتضى و انتفاء المانع.

و لو أجاز المشترى للأمة خاصّة النكاح لم يكن له الفسخ

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۴٨ ب ۴۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

بعده، كما ليس له إن عقده بينهما ابتداء. و كذا لو علم بالنكاح و الخيار و سكت فإنّه فورىّ.

و لو فسخ المشترى النكاح فلا عدّة و إن دخل الزوج بل إنّما عليه أن يستبرئها بحيضة كما هو المشهور، أو بطهر كما فى المبسوط «١» أو بطهرين كما فى الخلاف «٢» أو بخمسة و أربعين يوما إن كانت من ذوات الحيض و لم تحض كما هو المشهور، أو بثلاثة أشهر كما فى المقنعة «٣»، لعموم أخبار الاستبراء الناطقة بالاجتزاء به، و حصول العلم به ببراءة الرحم، و الأصل عدم وجوب العدّة.

و الأقوى وجوب العدّة للاحتياط، و لأنّ أخبار الاستبراء تدلّ على أنّه لاحتمال وطء البائع، و لذا يسقط إن كان امرأة أو أخبر بالاستبراء أو عدم المسّ و كان ثقة و الوطء بالنكاح الصحيح أو شبهة يوجب العدّة.

و لا يحلّ له وطؤها قبل الاستبراء أو انقضاء العدّة. و كذا كلّ من ملك أمة بأىّ وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها و إن انحصرت الأخبار «۴» فى الشراء و الاسترقاق لدلالتها عليه بالفحوى، و للاحتياط، و التحرّز من اختلاط النسب، و ربّما اقتصر على مورد النصّ، لعموم «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ» «۵» و أصالة عدم الاشتراط، و انحصار الأخبار فيما ذكر. و ابن حمزة على استحباب استبراء من لا تحيض و هى فى سنّ من تحيض «۶».

إلّا أن تكون يائسة لانتفاء المقتضى، و انتفاء حقيقته، لحصول العلم بالبراءة باليأس، و لنحو خبر منصور بن حازم سئل الصادق عليه السّلام عن الجارية التى لا يخاف عليها الحبل، قال: ليس عليها عدّة «٧». و لا بدّ من حمل نحو خبر

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٢٨۴.

(٢) الخلاف: ج ۵ ص ٨٠ المسألة ٣۶.

(٣) المقنعة: ص ۶٠٠.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣۶- ٣٨ ب ١٠ من أبواب بيع الحيوان.

(۵) المؤمنون: ۶.

(۶) الوسيلة: ص ٣٠٨.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٩٨ ب ٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عنه عليه السّلام «فى الرجل يشترى الجارية و لم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدّتها؟ قال: خمس و أربعون ليلة» «١» على الاستحباب، و لذا روى ابن سنان عنه عليه السّلام: فى الرجل يشترى الجارية و لم تحض، قال: يعتزلها شهرا إن كانت قد يئست «٢» فاختلاف الأيّام باختلاف الفضل.

مع احتمال أن يكون المراد بالقعود عن الحيض أنّها لا تحيض، و هى ممّن تحيض دون اليأس.

و متن خبر ابن سنان فى الكافى «٣» و الاستبصار «۴»: إن كانت قد مسّت. و لعلّه الصحيح، و لذا حمله الشيخ على من تحيض فى شهر حيضة «۵».

و أمّا الصغيرة فيحرم وطؤها حتّى تبلغ، و لذا لم يستثنها. و أمّا صحيح الحلبى عن الصادق عليه السّلام: «فى رجل ابتاع جارية و لم تطمث، قال: إن كانت صغيرة لا يتخوّف عليها الحبل فليس عليها عدّة، و ليطأها إن شاء، و إن كانت قد بلغت و لم تطمث فإن عليها العدّة» «۶» فالظاهر أنّ المراد بالصغر القصور عن السنّ المعتاد للحيض فى أمثالها لا عدم البلوغ تسعا، و كذا المراد بالبلوغ بلوغها السنّ المعتاد لذلك.

أو يكون عند الابتياع حائضا فيكفى فى جواز وطئها الطهارة من تلك الحيضة على رأى الشيخ «٧» و الأكثر، للعلم بالبراءة مع الأصل، و صدق الاستبراء بحيضة، فلا يحتاج فى الحيضة إلى استثناء و لصحيح الحلبى سئل الصادق عليه السّلام عن رجل اشترى جارية و هى حائض، قال: إذا طهرت فليمسّها

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٩٩ ب ٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۶.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠٣ ب ۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

(٣) الكافى: ج ۵ ص ۴٧٣ ح ٧.

(۴) الاستبصار: ج ٣ ص ٣۵٨ ح ١٢٨۵.

(۵) الاستبصار: ج ٣ ص ٣۵٨ ذيل الحديث ١٢٨۵.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١۴١۶ ه‍ ق

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۴٩٨ ب ٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(۷) النهاية: ج ۲ ص ۳۹۰.

إن شاء «۱». و خبر زرعة عن سماعة قال: سألته عن رجل اشترى جارية و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضة أخرى أم تكفيه هذه الحيضة؟ قال: لا بل تكفيه هذه الحيضة «۲».

لكن لا بدّ من أن يكون حيضا ظاهرا لا من استحيضت و هى مبتدءة أو مضطربة، و خصّص حيضها بتلك الأيّام بالتخيير الوارد فى الأخبار، فتخيّرت تلك الأيّام للحيض للاحتياط، و عدم اليقين، فيستصحب الحرمة.

و أمّا ذات التمييز فلعلّها ممّن لها حيض ظاهر مع احتمال العدم، و ربّما قيل بالاكتفاء بالتحيّض بكلّ ما ورد به الشرع. و على عدم اعتبار شىء من ذلك فهل يستبرئ بخمسة و أربعين يوما أو بتعيّن الحيض متى حصل أو بشهر، لكونه بدل الحيضة فى غير مستقيمة الحيض.

و لخبر ابن سنان المتقدّم «۳» أوجه، و اعتبر ابن إدريس استبراء من اشتريت و هى حائض بقرءين «۴» أى لا بدّ من حيضة أخرى للأمر «۵» بالاستبراء بحيضة، و هذه حيضة قد مضى بعضها قبل الشروع فى الاستبراء، لما فى خبر سعد الأشعرى عن الرضا عليه السّلام «۶» من الاستبراء بحيضتين بحمله عليها و يدفعه الأصل، و حصول العلم بالبراءة بالحيضة الاولى، و جواز حمل الخبر على الاستحباب كما حمله عليها.

أو يكون حاملا للأصل، و عموم «مَا مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ» «۷»، و عدم اختلاط النسب. و حسن رفاعة سأل الصادق عليه السّلام عن الأمة الحبلى يشتريها الرجل، قال: سئل عن ذلك أبى عليه السّلام فقال: أحلّتها آية و حرّمتها آية أخرى و أنا ناه

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۸ ب ۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۸ ب ۱۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۳) الكافى: ج ۵ ص ۴۷۳ ح ۷.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۳۵.

(۵) فى ن «للأمة» بدل: للأمر.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۸ ب ۱۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۷) النساء: ۳.

عنها نفسى و ولدى. فقال الرجل: أنا أرجو أن أنتهى إذا نهيت نفسك و ولدك «۱». و قد تقدّم فى المتاجر تحريم وطئها قبل مضىّ أربعة أشهر و عشرة أيّام، و هو أقوى للاحتياط و الأخبار، و لا ينافيه هذا الكلام، لأنّه ليس من الاستبراء فى شىء.

أو تكون لامرأة على رأى الأكثر للأصل، و عموم الآية «۲» و الأخبار «۳»، و انتفاء المقتضى. و أوجبه ابن إدريس «۴»، و احتاط به الشيخ «۵» لعموم الأمر بالاستبراء.

أو تكون لعدل أخبر باستبرائها للعلم بالبراءة و الأصل و الأخبار «۶» و هى كثيرة مؤيّدة بالثقة أو الأمن، و خصّها المصنّف و جماعة بالعدل بناء على الاحتياط، و أنّه الثقة المأمونة شرعا، و يمكن الاكتفاء بحصول العلم العادى بإخباره. و أوجبه ابن إدريس «۷» و جعله الشيخ «۸» أحوط لعموم الأمر به، و خصوص أخبار كخبر عبد اللّه بن سنان سأل الصادق عليه السّلام أشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبرنى أنّه لم يمسّها منذ طمثت عنده و طهرت، قال: ليس بجائز أن يأتيها حتى يستبرئها بحيضة، و

لكن يجوز لـك ما دون الفرج، إنّ الـذين يشترون الإمـاء ثمّ يأتونهنّ قبل أن يستبرؤوهنّ، فأولئك الزناة بأموالهم «٩». و حملت على الكراهة جمعا كما خصّصت العمومات.

أو أعتقهـا بعـد أن ابتاعهـا من غير استبراء، فيجوز له التزويـج بها من غير تربّص و إن كان أفضل للأصل، فإنّها خرجت ممّن أمر باستبرائها، و للأخبار كصحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام فى الرجل يشترى الجارية ثم يعتقها

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠۵ ب ٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

(٢) النساء: ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠۴ ب ٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۴) السرائر: ج ٢ ص ۶٣۴.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ٢٨۶.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠٣ ب ۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ۶٣۴.

(٨) المبسوط: ج ۵ ص ٢٨۶.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣٩ ب ١١ من أبواب بيع الحيوان ح ۵.

و يتزوّجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: يستبرئ رحمها بحيضة.

قلت: فإن وقع عليها؟ قال: لا بأس «١».

و لكن الظاهر أنّه لا يصحّ الحكم إلّا مع جهل وطء محترم لعموم ما دلّ على الاعتداء من الوطء المحترم و إن أطلق الأكثر.

و الاستبراء فى جميع ذلك أفضل احتياطا و خروجا من خلاف الموجب، و للأخبار، و التحفظ من اختلاط النسب أو تغذيـة ولد الغير بالنطفة.

و لو أعتقها بعـد وطئها لم يحرم عليه، بل جاز له نكاحها من غير تربّص، و حرمت على غيره إلّا بعـد عدّة الطلاق من غير خلاف، إذ لا بـدّ للوطء المحترم من عـدّة، و الأخبـار دلّت على عـدّة الطلاق كصحيح زرارة سأل الصادق عليه السّلام عن رجل أعتق سريّته، إله أن يتزوّجها بغير عدّة؟ قال: نعم. قلت: فغيره؟ قال: لا حتى تعتـدّ ثلاثة أشـهر «٢». و الأخبار مطلقـة شاملـة للموطوءة و غيرها، و قيّدها المصـنف و جماعة بالوطء، و هو حسن و قـد يدّعى ظهور الوطء من لفظ السريّة و فى حكمه الجهل بالحال، ثمّ الأخبار ناطقة بثلاثة أشـهر «٣» و حملوها على ما يشمل «۴» أشهر الأقراء أو على من لا تحيض و هى فى سنّ من تحيض.

و يجوز ابتيـاع ذوات الأـزواج من أهل الحرب من أزواجهنّ و غيرهم و بناتهم بالإجماع، و لأنّهم فىء للمسلمين يجوز استنقاذه بأىّ وجه اتّفق.

و كذا يجوز ابتياع ما يسبيه أهل الضلال منهم لذلك، و للأخبار «۵» و إذا صحّ الابتياع ترتّبت عليه آثاره، و منها حلّ الوطء و إن كان كلّهنّ حقّ الإمام، أو فيهن الخمس للرخصة منهم عليهم السّلام لشيعتهم.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١۴ ب ١۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١٢ ب ١٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١١ ب ١٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۴) لم يوجد فى ن: ما يشمل.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٨٠ ب ۶٩ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

[المطلب الثانى ملك المنفعة]

المطلب الثانى: ملك المنفعة و هى هنا الاستمتاع يجوز عندنا إباحة الأمة للغير و النصوص به كثيرة «١» مستفيضة جدّا ان لم تكن متواترة و يشمله «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» و كلام الانتصار «٢» يعطى المنع تمسّكا بما شذّ من الأخبار، و بالخروج عن الزوجيّة و ملك اليمين، و هو مسبوق بالإجماع و ملحوق به، فلا عبرة به، و لكنّها مشروطة بشروط:

منها كون المحلّل مالكا للرقبة دون البضع خاصّة بالتزويج أو الإباحة، و تحليله يعمّ ما يكون بنفسه و بوكيله، و الظاهر جواز تحليل الولىّ أمة المولّى عليه مع الغبطة، لدخوله فى عموم التصرف فى مال المولّى عليه، و يمكن دخوله فى تحليل المالك لنيابة المولى عن المولّى عليه، و لو حلّل غير المالك فهل يقع باطلا أم يقف على الإجازة؟ إن قلنا بأنّه عقد ابتنى على الخلاف فى عقد الفضولى، و إلّا بطل، و على الصحة فالمحلّل هو المالك.

و منها كونه جائز التصرّف فيها، فلا عبرة بتحليل الصغير و المجنون و السفيه و المفلس و الرقيق إن ملك.

و منها كون الأمة مباحة بالنسبة إلى من حلّلت عليه، فلو أباح المسلمة للكافر لم تحلّ، و كذا لو أباح المؤمنة للمخالف إلّا على القول بالحلّ.

و يجوز العكس من كلّ من الصورتين إلّا تحليل الوثنيّة على المسلم و الناصبيّة المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم السّلام على المؤمن، و كذا مطلق الكافرة على القول بحرمتها مطلقا على المؤمن و يدخل فى ذلك أنّها لو كانت ذات بعل أو ذات عدّة لم يحلّ تحليلها أى لم يفد على أن يكون

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٣١ ب ٣١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٢) الانتصار: ص ١١٨.

من الإحلال. و يجوز أن يكون من الحلّ فيكون التحليل محرّما لكونه معرضا للفساد كخطبتها.

و منها الصيغة للاتّفاق على أنّ التراضى لا يكفى مطلقا، و لا بأىّ لفظ اتفق، بل لا بدّ من صيغة مخصوصة. و خبر محمّد بن مضارب قال: قال لى أبو عبد اللّه عليه السّلام: يا محمّد خذ هذه الجارية تخدمك و تصيب منها، فإذا خرجت فارددها إلينا «١» ليس نصّا فى الاكتفاء بهذا اللفظ، و هو لفظ التحليل مثل أحللت لك وطأها و هو متّفق منصوص عليه أو جعلتك فى حلّ من وطئها لشمول الأخبار له «٢» و منعوا من غير الماضى، كقوله: أنت فى حلّ من وطئها، و هو متّجه إن كان عقدا.

و الأقرب وفاقا للمبسوط «٣» و السرائر «۴» و الشرائع «۵» إلحاق الإباحة به أى التحليل للتساوى فى المعنى و عموم الأخبار «۶» فإنّها تضمّنت التحليل، و هو أعمّ من أن يكون بلفظه أو بمرادفه، و الأكثر على المنع اقتصارا على المتيقّن، خصوصا إذا كان

عقدا.

و لو قال: أذنت لك فى وطئها أو سوّغت أو ملّكت بضعها فكذلك أى كالإباحة لذلك.

و لا يستباح بالعارية فى المشهور للأصل، و الاحتياط، و خروجه عن المتبادر من التحليل، و لأنّه سئل عن الصادق عليه السّلام فقال: حرام «۷» و للإجماع كما فى الانتصار «۸». و ربما قيل بالجواز، إذ لا معنى للإعادة إلّا إباحة المنفعة مع بقاء

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۳ ب ۳۱ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۶.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۱ ب ۳۱ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۳) المبسوط: ج ۳ ص ۵۷.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۳۲.

(۵) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۶.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۱ ب ۳۱ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۶ ب ۳۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۸) الانتصار: ص ۱۱۸.

العين على ملك المالك و إباحتها كذلك، فيدخل فى عموم التحليل، و لأنّ الحسين «۱» العطّار سأل الصادق عليه السّلام عن عارية الفرج، فقال: لا بأس به «۲». و هو مع جهله يمكن حمله على الإباحة أو الإنكاح كما فى الانتصار.

و لا يستباح بالإجارة اتفاقا، لأنّ البضع ليس كسائر المنافع التى يستباح بالإجارة. و لا ببيع منفعة البضع لأنّ البيع لا يتعلّق بالمنافع مع الأصل، و الاحتياط، و الخروج عن مفهوم التحليل.

و يجوز أن يوكّل الشريكان ثالثا أو أحدهما الآخر فى الصيغة فإنّ الصيغ ممّا يقبل الوكالة، و لا يمنع منها الشركة، و وقوع الصيغة منه بالنسبة إلى حصّته أصالة، فإنّ المعتبر إنّما هو إيقاع الصيغة الصحيحة ممّن يعتبر عبارته و إن تشطّرت بالأصالة و الوكالة كما يجوز مثله فى التزويج فلو باشرا، فقال كلّ منهما: أحللت لك وطأها صحّ لوجود المقتضى و انتفاء المانع، فإنّ الوطء أمر واحد لا يتبعّض ببعض الرقبة.

و لو قال: حللت حصّتى فإشكال من أنّ تحليل كلّ منهما إنّما يتعلّق حقيقة بحصّته، فالإطلاق إنّما يعتبر لانصرافه إليه، فالتصريح به أولى بالصحة. و من أنّ الوطء لا يتبعّض، و الإحلال إنّما يتعلّق به حقيقة، و إن أريد بالحصّة الحصّة من الرقّيّة حصل الشك فى الحلّ من كونه مجازا فى إحلال الوطء.

و هل هو أى التحليل عقد نكاح أو تمليك منفعة؟ خلاف كما فى المبسوط «۳» و غيره، مع الاتفاق على كونه أحدهما لتكون زوجة أو ملك يمين، فالأكثر على الثانى، لخروجه عن ألفاظ النكاح، و انتفاء أحكامه من الطلاق إن كان دائما، و لزوم ذكر المهر إن كان متعة. و فى المبسوط: و لذا يلزم تعيين المدّة كما يلزم فى نحوه إسكان الدار و أعمارها «۴». و سيأتى الكلام فى اعتبار المدّة.

---

(۱) فى وسائل الشيعة: الحسن بدل الحسين.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۷ ب ۳۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۶.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۶.

و عن الانتصار: أنّه عقد «۱». و كلامه إنّما يعطى اشتراط العقد، و عدم الاجتزاء بلفظ الإباحة، كما لا يجتزء بلفظ العارية، و على القولين لا بدّ من القبول، لأنّه إمّا عقد نكاح أو هبة.

و لو أباح أمته لعبده، فإن قلنا إنّه عقد نكاح أو قلنا إنّه تمليك و قلنا إنّ العبد يملك بالتمليك حلّت له كما فى السرائر «۲» و الشرائع «۳» لعدم المانع حينئذ.

و لصحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر عليه السّلام عن قول اللّه عزّ و جلّ:

«وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ النِّسٰاءِ إِلّٰا مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» قال: هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته. فيقول له: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثمّ يحبسها عنه حتّى تحيض ثمّ يمسّها، فإذا حاضت بعد مسّه إيّاها ردّها عليه بغير نكاح «۴». و إلّا بل كان تمليكا و قلنا إنّ العبد لا يملك فلا يحلّ كما فى النهاية «۵» و التهذيب «۶». و ينصّ عليه صحيح علىّ بن يقطين أنّه سأل الكاظم عليه السّلام عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال: لا يحلّ له «۷». و هو اختيار المختلف «۸».

و الأوّل أولى و إن لم يكن عقدا، و لا ملّكنا العبد لأنّه نوع إباحة لا تمليك و العبد أهل لها. و يحتمل الخبر التقيّة و الاختصاص بما إذا لم يعيّن الأمة، و يكون المراد إحلال المولى له التزويج، أى إذا أحلّ التزوّج لم يحلّ له الوطء بلا تزويج، و كذا إذا أطلق له الإذن فى وطء النساء أو الإماء لا إذا أباح له بلفظ التحليل و نحوه.

---

(۱) الانتصار: ص ۱۱۸.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۶۳۳.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۵۰ ب ۴۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۵) النهاية: ج ۲ ص ۳۸۷.

(۶) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۲۴۳ ذيل الحديث ۱۰۶۱.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۶ ب ۳۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۸) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۷۵.

و يجوز تحليل المدبّرة لأنّها الآن مملوكة بعينها و منافعها، و لدخولها فى عموم الأخبار، و خصوص خبر محمّد بن مسلم سأل الباقر عليه السّلام عن جارية بين رجلين دبّراها جميعا ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له حلال «۱». و أمّ الولد لذلك دون المكاتبة و إن كانت مشروطة أو مطلقة لم تؤدّ شيئا لانقطاع سلطنة المولّى عنها بالكتابة و تملّكها منافعها، و لذا لا يجوز له وطؤها.

و المرهونة إلّا بإذن المرتهن.

و لو ملّك بعضها و البعض حرّ فإباحته وطأها لم تحلّ لأنّ الحرّة لا تحلّ بالتحليل. و قال الباقر عليه السّلام فى هذا الخبر لمحمّد بن مسلم بعد ما ذكر:

و أيّهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّا من قبل الذى مات و نصفها مدبّرا، قال محمّد: قلت: أ رأيت إن أراد الباقى منهما أن يمسّها إله ذلك؟ قال: لا، إلّا أن يثبت عتقها و يتزوّجها برضى منها متى أراد، قال: قلت: أ ليس قد صار نصفها حرّا و قد ملكت نصف رقبتها و النصف الآخر للباقى منهما؟ قال: بلى، قلت: فإن هى جعلت مولاها فى حلّ من فرجها و أحلّت له ذلك، قال: لا يجوز ذلك، قلت: و لم لا يجوز له ذلك كما أجزت للذى كان له نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها؟ قال: إنّ الحرّة لا تهب فرجها و لا تعيره و لا تحلّله «٢».

و لو كانت مشتركة و أحلّ الشريك لشريكه حلّت على رأى كما تقدّم للدخول فى ملك اليمين و لهذا الخبر، و يتّجه المنع على القول بكون التحليل نكاحا، فكان هذا الاختيار إرشادا إلى اختيار كونه تمليكا أو إباحة.

و لو أباح الوطء حلّت مقدمات الاستمتاع بالوطء من اللمس و التقبيل و نحوهما، أو ضروب الاستمتاع التى هى من مقدمات الوطء.

و لو أحلّ المقدمات أو بعضها لم يحلّ الباقى و لا ما لا يستلزمه المحلّل منها عرفا، فلو أحلّ النظر لم يحلّ اللمس و بالعكس، و لو أحلّ التقبيل حلّ اللمس، و يحتمل حلّ النظر بتحليل اللمس، للأولويّة.

و وجه الجميع ظاهر مع النصوص كصحيح الفضيل قال للصادق عليه السّلام: ما تقول

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٤٥ ب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٤٥ ب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

فى رجل عنده جارية نفيسة و هى بكر أحلّ لأخيه ما دون فرجها، إله أن يفتضّها؟ قال: لا، ليس له إلّا ما أحلّ له منها، و لو أحلّ له قبلة منها لم يحلّ له ما سوى ذلك «١». و خبر الحسن بن عطيّة عنه عليه السّلام قال: إذا أحلّ الرجل من جاريته قبلة لم يحلّ له غيرها، فإن أحلّ ما دون الفرج لم يحلّ له غيره، فإن أحلّ له الفرج حلّ له جميعها «٢». و لا تستباح الخدمة بإباحة الوطء و بالعكس لانفصال كلّ منهما عن الآخر وجودا و فهما.

و لو وطأ الأمة من غير إذن المولى فيه، و إن أذن فى الخدمة أو فى مقدماته كان زانيا إن كان عالما بالحرمة، و صحيح الفضيل قال للصادق عليه السّلام: أ رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضّها، قال: لا ينبغى له ذلك، قلت: فإن فعل يكون زانيا؟ قال: لا، و لكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها «٣».

محمول على الجهل، أو غلبة الشهوة بحيث أنسته الحكم، أو خصوص ما أحلّ له، أو سلبته الاختيار، و أنّه ليس كسائر الزناة الذين يحرم عليهم الوطء و مقدماته، فإنّ عليهم بكلّ من المقدمات و الوطء إثما.

و عليه العقر أى الصداق، إمّا مهر المثل أو العشر أو نصفه كما فى الخبر إن أكرهها أو جهلت بالتحريم، و كذا إن علمت على الأقوى، لما مرّ من أنّه للمولى و الولد رقّ للمولى، و لو جهل لم يكن زانيا فالولد حرّ و عليه القيمة للمولى، لأنّه نماء ملكه و قد تقدّم.

و ولد الوطء من التحليل حرّ إن كان المحلّل له حرّا شرط الحرّيّة أو أطلق تغليبا للحرّيّة، و عملا بعموم الأخبار الناطقة بتبعيّة الولد للحرّ من الأبوين.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۷ ب ۳۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۹ ب ۳۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۳۷ ب ۳۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

و خصوص نحو صحيح زرارة قال للباقر عليه السّلام: الرجل يحلّ لأخيه جاريته، قال: لا بأس به، قال: قلت: فإن جاءت بولد، قال: ليضمّ إليه ولده و ليردّ الجارية إلى صاحبها. قلت له: لم يأذن له فى ذلك، قال: إنّه قد أذن له و هو لا يأمن أن يكون ذلك «۱».

و لا شي‌ء على الأب مطلقا على رأى للأصل، و اختار الشيخ «۲» فى غير الخلاف رقيّة الولد مع الإطلاق، و أنّ على الأب فكّه بالقيمة، لقول الصادق عليه السّلام فى الصحيح و غيره لضريس بن عبد الملك: هو لمولى الجارية، إلّا أن يكون اشترط عليه حين أحلّها له أنّها إن جاءت بولد منّى فهو حرّ، قال: قلت:

فيملك ولده، قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمة «۳».

و خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن الكاظم عليه السّلام فى امرأة قالت لرجل: فرج جاريتى لك حلال، فوطأها فولدت ولدا، قال: يقوّم الولد عليه بقيمته «۴».

و خبر حسين العطّار سأل الصادق عليه السّلام عن عارية الفرج، قال: لا بأس به، قلت: فإن كان منه ولد، فقال: لصاحب الجارية إلّا أن يشترط عليه «۵». و على الأوّل إن اشترط الرقبة بنى على ما مضى فى التزويج بالأمة.

[الفصل الرابع فى بقايا مسائل متبدّدة]

الفصل الرابع فى بقايا مسائل متبدّدة ممّا يتعلّق بالإماء يكره وطء الأمة الفاجرة حذرا من اختلاف الماءين و مخالفة ظاهر الآية.

---

(۱) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۴۵۶ ح ۴۵۷۸.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۳۸۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۴۰ ب ۳۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۴۱ ب ۳۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۴۰ ب ۳۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲. و فيه الحسن بدل الحسين.

و المولودة من الزنا لأنّها لا تفلح، و للعيب، و نحو خبر الحلبى عن الصادق عليه السّلام أنّه سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا عليه جناح أن يطأها؟

قال: لا، و إن تنزّه عن ذلك فهو أحبّ إليّ «۱». و حسن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: فى رجل يشترى الجارية و يتزوّجها لغير رشدة و يتّخذها لنفسه، قال: إن لم يخف العيب على نفسه فلا بأس «۲». و عنه عن أحدهما عليهما السّلام عن الخبيثة يتزوّجها الرجل؟ قال: لا، و إن كانت له أمة فإن شاء وطأها و لا يتّخذها أمّ ولد «۳».

و حرّمها ابن إدريس «۴» لكفرها، و قد منعت المقدّمتان.

و أن ينام بين زوجتين حرّتين لما فيه من الامتهان بهما أو يطأ حرّة و فى البيت غيره و قد تقدّم.

و لا بأس بهما فى الإماء للأصل، و انحطاطهنّ عن الحرائر فى الاحترام. و مرسل ابن أبى نجران، إنّ أبا الحسن عليه السّلام كان ينام بين جاريتين «5».

و صحيح ابن أبى يعفور عن الصادق عليه السّلام فى الرجل ينكح الجارية من جواريه و معه فى البيت من يرى ذلك و يسمعه، قال: لا بأس «6». و لا يبعد القول بالكراهة فيهنّ، لعموم ما نهى من الأخبار «7» عن الوطء و فى البيت صبىّ يراهما و يسمع نفسيهما كما عرفت فيما تقدّم.

و للسيّد استخدام الأمة المزوّجة نهارا و إنّما عليه تسليمها إلى زوجها ليلا لأنّه إنّما ملّكه الانتفاع ببضعها فيبقى له الاستخدام، و الغالب فى زمانه النهار كما الغالب «8» فى زمان الاستمتاع الليل، و لذا بنى عليه القسم.

---

(1) وسائل الشيعة: ج 14 ص 338 ب 14 من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح 5.

(2) وسائل الشيعة: ج 14 ص 337- 338 ب 14 من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح 4.

(3) تهذيب الأحكام: ج 8 ص 207 ح 733.

(4) السرائر: ج 2 ص 526.

(5) وسائل الشيعة: ج 14 ص 589 ب 84 من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح 3.

(6) وسائل الشيعة: ج 14 ص 584 ب 75 من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح 1.

(7) وسائل الشيعة: ج 14 ص 93 ب 67 من أبواب مقدمات النكاح و آدابه.

(8) فى المطبوع: كالغالب.

و لو أجّر أمته كان له الليل و للمستأجر النهار، فلو تبادلا بالتراضى جاز، و لا يجبر أحدهما على ما يريده الآخر من الاستبدال.

و هل له إسكانهما فى بيت فى داره و الامتناع من تسليمها إلى الزوج ليخرجها أم للزوج إخراجها ليلا؟ نظر من أنّه ليس عليه إلّا التمكين من الاستمتاع ليلا، و هو حاصل مع ملكه للرقبة المسلّط له عليها، المانع من تصرّف الغير فيها إلّا بإذنه، إلّا ما سبق بالإذن فيه من الاستمتاع. و من أنّ عليه تمام التسليم ليلا، و لا يتمّ إلّا به، و ربّما منعه الحياء و المروّة من الدخول دار سيّدها للاستمتاع، و انقطاع سلطنته عنها ليلا، و لذا لم يكن له استخدامها فيه و أقر به الأخير.

و لو كانت محترفة لا يراد منها الخدمة و أمكنها ذلك و هى فى يد الزوج، ففى وجوب تسليمها إليه نهارا إن استدعاه إشكال من أنّ مقتضى التزويج كما عرفت إنّما هو التسليم ليلا، و ربّما بدا له فأراد استخدامها، و هو أقرب. و من أنّ المانع من التسليم نهارا فوات حقّ المولى، و لا فوت هنا، ففى التسليم جمع بين الحقّين.

و للسيّد أن يسافر بها لسبق حقّه و تعلّقه بالرقبة، و عدم منافاته لحقّ الزوج. و ليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلا، و إنّما يجب على الزوج النفقة بالتسليم ليلا و نهارا، فلو سلّمها ليلا خاصة فالأقرب وفاقا للمبسوط «1» عدم وجوب نصف النفقة فضلا عن الكلّ، لانتفاء التمكين الكامل، و فى وجه للشافعيّة: عليه النصف تقسيطا لها بحسب الزمان «2».

و سيحتمله المصنّف و تحتمله هذه العبارة. و فى آخر لهم عليه الكلّ، لحصول التمكين الواجب «3».

---

(1) المبسوط: ج 6 ص 11.

(2) هو قول أبى علىّ بن أبى هريرة و اختاره الماوردى، راجع كتاب الحاوى الكبير: ج 11 ص 450.

(۳) مغنى المحتاج: ج ۳ ص ۲۱۸.

و تسقط النفقة رأسا مع سفر السيّد بها لانتفاء التمكين رأسا و إن سافر معها الزوج و تسلّمها ليلا و نهارا. نعم، لو رضى بالسفر بها و سافر معها، توجّه وجوب النفقة مع التسلّم «۱» كذلك، و هو بمنزلة سفر الزوج بها.

و لو قتلها السيد قبل الوطء، ففى سقوط المهر نظر من استقراره بالعقد، و عدم عروض مسقط له كطلاق أو فسخ، و انتهاء العمر لا- يسقطه، خصوصا على القول بأنّ المقتول يموت لولا القتل. و من أنّه بمنزلة الفسخ من قبل المستحقّ للمهر و أقوى، فيكون كفسخها و ردّتها، و أنّ التزويج- و خصوصا تزويج الأمة- معاوضة، فالقتل هنا كإتلاف المبيع قبل الإقباض، و هو اختيار المبسوط «۲».

و أقربه العدم و أنّ «۳» التزويج ليس معاوضة محضة، و لا القتل فسخا و لا فرقة من قبل الزوجة، فيكون كما لو قتلها أجنبيّ أو يكون كما لو قتلت الحرّة نفسها أى غاية الأمر أن يكون كقتل الحرّة نفسها لمساواة السيّد لها فى استحقاق المهر، فكما لا يسقط به فكذا هنا، و قضيّة التشبيه كون الحكم فيهما أوضح، و هو فى قتل الأ-جنبيّ ظاهر و فى قتل الحرّة نفسها لكون احتمال المعاوضة فيها أبعد، لا لانتفاء الخلاف فيهما، ففى المبسوط أسقطه فى الثانى، و فى قتل الأجنبيّ للأمة أيضا قول بالسقوط «۴» لكونه كتلف المبيع قبل القبض. و يجوز أن لا يكون التشبيه لتأييد ما استقربه، و إنّما شبّه المسألة بالمسألتين بيانا لحكمها، أى كما أنّ فيهما نظرا أقربه العدم.

و إذا عقد على امرأة لنفسه بشهادة «۵» اثنين ثقتين أو غيرهما لحصول التدليس، فكذا الأمر إن عقد لتدليس واحد لها بالحرّيّة و أولدها، فعليهما ما أتلفاه عليه من مهر و قيمة الولد لتزويرهما أى إتيانهما بشهادة الزور أى لتدليسهما. و لصحيح الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السّلام فى رجل تزوّج

---

(۱) فى ن: التسليم.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۷.

(۳) فى ن: لأنّ.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۷.

(۵) فى ن: لشهادة.

امرأة، فوجدها أمة قد دلّست نفسها له، قال: إن كان الذى زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد. قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال: إن وجد ممّا أعطاها شيئا فليأخذه و إن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، و إن كان زوّجها إيّاه وليّ لها، ارتجع على وليّها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها «۱».

و فى تضمينهما ما زاد عن مهر المثل على تقدير حرّيتها إشكال من أنّهما غرّاه، و لو لا التدليس لما أمهرها ذلك. و من أنّ الزيادة على مهر المثل تبرّع محض ليس فى مقابله شيء، و التدليس بالحرّيّة لا يوجب الإصداق بالزائد.

و لا يشترط فى التحليل تعيين المدّة على رأى للأصل، و إطلاق النصوص، خلافا للمبسوط «۲».

و إذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلا إلّا بعد الاستبراء بالنصّ «۳» و الإجماع، إلّا أن تكون مزوّجة، فيجب العدّة، و لا

يسقط الاستبراء أو الاعتداد حينئذ عتقها و التزوّج بها، فإنّ الوطء معلوم، و لا بدّ له إذا كان محترما من عدّة.

و يجوز الوطء دبرا كما أشعر به التقييد هنا و فى التحرير «۴» هنا للأصل، و تبادر المعهود من لفظ الوطء و الفرج. و نصّ فى متاجر التحرير على حرمة الوطء مطلقا و مقدماته «۵»، وفاقا للمبسوط «۶». و فى الخلاف جواز المقدّمات للإجماع و الأصل و الأخبار، و عموم «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ» «۷» و هو الأقوى، و ينصّ عليه صحيح محمّد ابن بزيع «۸».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۷- ۵۷۸ ب ۶۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۳۶ ب ۱۰ من أبواب بيع الحيوان.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲۵ س ۱۴.

(۵) تحرير الأحكام: ج ۱ ص ۱۹۱ س ۲۵.

(۶) المبسوط: ج ۲ ص ۱۴۰.

(۷) الخلاف: ج ۵ ص ۸۴ المسألة ۴۵.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۱ ب ۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

و يجب على البائع أيضا استبراؤها مع الوطء منه أو من غيره، و إذا استبرئ فيكفى عن استبراء المشترى، و يصدّقه المشترى مع عدالته على رأى الأكثر كما تقدّم مع خلافه، و قد تقدّم أنّه ربّما لم يعتبر إلّا الثقة بخبره و إن لم يكن عدلا كما هو منطوق الأخبار «۱».

و لو اشتراها حاملا، كره له وطؤها قبلا- لا دبرا للأصل قبل الوضع كما فى بعض الأخبار «۲». أو قبل مضىّ أربعة أشهر و عشرة أيّام كما فى بعض آخر «۳». و يحتمل الاختلاف شدّة و ضعفا إن جهل حال الحمل من كونه عن وطء صحيح أو شبهة أو زنا، و إنّما لم يحرم مع أنّ الأصل فى المجهول أن يكون بحكم الصحيح. لأصالة صحّة أفعال المؤمنين لأصالة عدم إذن المولى بالوطء و عدم وطئه لمنافاته صحّة البيع، و أصالة عدم وجوب الاستبراء إلّا بشرط الحمل عن وطء صحيح، فإذا لم يعلم الشرط لم يجب و لم يخصّ به عموم: مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ «۴».

و إن علم إباحته أى الوطء إمّا بعقد أو تحليل، حرم الوطء حتّى تضع لعموم نحو «وَ أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «۵».

و إن علم كونه عن زنا فلا بأس إذ لا حرمة له. و المحصّل أنّ الأخبار اختلفت، ففى بعضها النهى حتّى تضع، و فى بعضها حتّى تمضى أربعة أشهر و عشرة أيّام.

ثمّ من المعلوم أنّ الزنا لا حرمة له و لا عدّة به، و أنّ الوطء الصحيح إن كان من المولى فسد البيع، و إن كان من غيره لا بدّ من احترامه حتّى تضع. فإمّا أن يجمع بين الأدلّة بحمل «التأجيل إلى الوضع» على الوطء الصحيح من غير المولى، و «التأجيل إلى أربعة أشهر و عشر» على الكراهة فى المجهول.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۳ ب ۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۵ ب ۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۵ ب ۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۴) المؤمنون: ۶.

(۵) الطلاق: ۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۳۵۵

أو حملهما على الكراهة مع اختلافها فيهما شدة و ضعفا، و هو اختيار المصنّف هنا. و الفرق بين المجهول و الصحيح ما ذكر. و يضعّف بأنّه لا فرق بينهما فى الاحترام، و يمكن دفعه بالنصّ هنا إن تمّ.

أو يحمل «التأجيل إلى الأشهر و الأيّام» على الوطء عن زنا، و يبقى النهى على ظاهره من الحرمة، و يكون مستثنى من عموم أن لا حرمة للزنا و «التأجيل إلى الوضع» عليه، و يكون النهى على الكراهة، و هو اختياره المتقدم فى المتاجر.

و يضعّف بأنّه لا حرمة للزنا، و هو خلاف الأصل و الظاهر. فحمل العمومات عليه بعيد. ثمّ لا داعى إلى حمل «التأجيل إلى الوضع» عليه. و استثناؤه إلى أربعة أشهر و عشرة أيّام إن سلّم، فلا نسلّم استثناؤه إلى الوضع حرمة أو كراهة، بل الأولى حمل التأجيل إلى الوضع على الوطء الصحيح.

أو يحمل التأجيلين على الوطء الصحيح، أو أحدهما على الحرمة و الآخر على الكراهة، و هو اختياره فى الفراق وفاقا للمشهور، و هو الأظهر من حيث الجمع، و الأحوط ما اختاره الشهيد «۱» من الحرمة حتّى الوضع.

و لو تقايلا البيع وجب الاستبراء على المالك الأوّل مع القبض من الثانى، لما عرفت من أنّ الانتقال بأىّ سبب كان موجبا له لا بدونه للعلم بالبراءة.

و إذا طلّق المجعول عتقها مهرا قبل الدخول، رجع نصفها رقّا لمولاها على قول الشيخ «۲» و ابن حمزة «۳»، لكون العتق هو المهر، و الطلاق قبل الدخول منصّف، و للأخبار «۴» و تستسعى فيه، فإن أبت كان لها يوم و له يوم فى الخدمة لا فى الاستمتاع، فعن يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السّلام: فى رجل أعتق أمة له، و جعل عتقها صداقها، ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، قال:

---

(۱) الدروس الشرعية: ج ۳ ص ۲۲۸ درس ۲۴۷.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۳۹۷.

(۳) الوسيلة: ص ۳۰۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۱۳ ب ۱۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۳۵۶

يستسعيها فى نصف قيمتها، و إن أبت كان لها يوم و له يوم فى الخدمة، قال: و إن كان لها ولد فإن أدّى عنها نصف قيمتها عتقت «۱». و يجوز شراؤها من سهم الرقاب لأنّها رقيقة.

و الأقرب وفاقا لبنى الجنيد «۲» و البرّاج «۳» و إدريس «۴» نفوذ العتق لوقوعه بصيغته، و الحرّ لا يرجع رقيقا، و ضعف الأخبار بخلافه. و إنّما الرجوع بنصف القيمة وقت العقد لأنّها قيمة المهر المعقود عليه كما لو أعتقت المهر إذا أمهرها عبدا أو أمة فإنّه إذا طلّقها قبل الدخول لم يرجع نصف المعتق رقّا، و إنّما الرجوع بنصف قيمته وقت العقد، فكذا هنا، و ينصّ عليه حسن عبد اللّه بن سنان سأل الصادق عليه السّلام عن رجل أعتق مملوكة له، و جعل صداقها عتقها ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: قد مضى عتقها و تردّ على السيّد نصف قيمة ثمنها تسعى فيه و لا عدّة عليها «۵». و حينئذ لا تعطى النصف من سهم الرقاب، و فى إيجاب السعى عليها تردّد من كونه من الديون، فنظرة إلى ميسرة.

و ملك كلّ من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد أى انفساخه لما تقدّم فإن كان المالك الرجل استباح الوطء بالملك و إن كانت المرأة حرمت عليه مطلقا ما دام فى ملكها فإن أرادته أعتقته أو باعته ثمّ جدّدت العقد.

و لا- يجوز العقد على المكاتبة إلّا بإذن مولاها و إن كانت مطلّقة قد تحرّر منها شىء لبقاء حقّ المولى فيها و إن انقطعت عنها سلطنته فى الاكتسابات من البيع و الشراء و نحوهما.

و لو علّق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل: فى السرائر «۶»:

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۱۳ ب ۱۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۸۷.

(۳) المهذّب: ج ۲ ص ۲۴۸.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۳۹.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۱۳ ب ۱۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۶۴۴.

يبطل، و قيل: يصحّ «۱» و سيأتى فى التدبير و اختياره الصحّة فتعتدّ من زوجها عدّة الحرّة و لا ميراث لها، لخبر محمّد بن حكيم سأل الكاظم عليه السّلام عن رجل زوّج أمته من رجل آخر ثم قال لها: إذا مات الزوج فهى حرّة، فمات الزوج، فقال عليه السّلام: إذا مات الزوج فهى حرّة تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها و لا ميراث لها منه، لأنّها إنّما صارت حرّة بموت الزوج «۲».

و الأقرب ثبوته أى الميراث لها مع تعدّد الورثة لما سيأتى من أنّ المملوك إذا أعتق قبل القسمة شارك الورثة إن ساووه، و إلّا اختص بالميراث.

و لو ملك المكاتب الذى لم يتحرّر منه شىء زوجة سيّده ففى الانفساخ للنكاح بينهما نظر من بقاء الرقّيّة المستلزمة لعدم تملّكه شيئا، فيكون ملكه ملك السيّد، و من أنّه بالكتابة استقلّ بالاكتساب و المعاوضات و انقطعت عنه سلطنة السيّد، فهو يملك ما يكتسبه، و لذا صحّت معاملته مع السيّد و تضمين السيّد إيّاه.

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۴۰۱- ۴۰۲، المهذّب: ج ۲ ص ۲۵۰.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۶ ب ۶۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱. و فيه بدل «من رجل آخر» رجل حرّ.

[الباب الخامس فى توابع النكاح و فيه مقاصد]

اشارة

الباب الخامس فى توابع النكاح و فيه مقاصد خمسة:

[الأوّل العيب و التدليس و فيه فصول]

اشارة

الأوّل العيب و التدليس ما يسلّط منهما على الفسخ و ما لا يسلّط فيه.

و فيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأوّل: فى أصناف العيوب]

الأوّل: فى أصناف العيوب و ينظمها قسمان:

الأوّل: العيوب المشتركة بين الزوجين أى التى يمكن تحقّقها فى كلّ منهما، و يتسلّط كلّ منهما على الفسخ بوجودها فى الآخر و هى الجنون و الإغماء و السهو، لكن لا يسلّط على الفسخ إلّا الأوّل، أو الجنون عيوب باعتبار فنونه و هو اختلال العقل و تعطّله عن أفعاله و آثاره من الجنان أو الجن أو الجن، فالمجنون من أصيب جنانه أى قلبه، أو أصابته الجنّ، أو حيل بينه و بين عقله فستر عقله.

و لا اعتبار بالسهو السريع زواله و إن كثر و لا الإغماء المستند إلى غلبة المرّة أى أحد الأخلاط الأربعة غلبة نادرة. بل المعتبر منه

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۳۶۰

المستقرّ الذى لا يزول فإنّه كالجنون لدخوله فى مفهومه لغة و إن خصّ فى العرف باسم آخر، حتّى قيد الجنون بأن لا يكون فى عامة الأطراف ضعف و فتور.

و فى المبسوط «۱» و المهذّب «۲»: إنّ الجنون ضربان: أحدهما خنق، و الثانى غلبة على العقل من غير حادث من مرض، و هذا أكثر من الذى يخنق، و أيّهما كان فلصاحبه الخيار، و إن غلب على عقله لمرض فلا خيار، فإن برئ من مرضه فإن زال الإغماء فلا كلام، و إن زال المرض و بقى الإغماء- فهو كالجنون- فلصاحبه الخيار.

و لا فرق فى الحكم الآتى بين الجنون المطبق و غيره لعموم الأدلّة، سواء عقل أوقات الصلاة أم لا، كما نصّ عليه فى السرائر «۳»، و قيّد فى المبسوط «۴» و المهذّب «۵» و الوسيلة «۶» بأن لا يعقل أوقات الصلوات، و كلام الأوّلين يشعر بالإجماع، و جعل فى الفقيه رواية «۷».

و لا خلاف عندنا فى أنّ لكلّ من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد و النصوص به مستفيضة «۸».

و إن تجدّد بعده سقط أى لم يثبت خيار الرجل لأصالة استصحاب العقد و انتفاء التدليس و إمكان التخلّص بالطلاق، كما أنّه إذا أعتق و تحته أمة لم يكن له الفسخ، كما له إذا دلّس عليه بالحرّيّة دون المرأة فلها الخيار لثبوت المقتضى له و هو الضرر، مع امتناع التخلّص منه بدونه. و لخبر على بن أبى حمزة قال: سئل أبو إبراهيم عليه السّلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب فى عقله بعد ما تزوّجها و عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت «۹».

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۹.

(۲) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۲.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۱.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۲.

(۵) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۵.

(۶) الوسيلة: ص ۳۱۱.

(۷) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۵۲۲ ح ۴۸۱۹.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۲ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۷ ب ۱۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

سواء فيهما حصل الوطء قبل التجدّد أو لا و هذا موافق للسرائر «۱» إلّا أنّه إنّما أجاز لها الفسخ بحدوث جنون لا يعقل معه أوقات الصلوات، و هو ظاهر المقنعة «۲» و النهاية «۳» لأنّهما لم يتعرّضا إلّا لحدوثه به، و قيّداه أيضا بأن لا يعقل أوقات الصلوات. و سوّى في المبسوط «۴» و الخلاف «۵» بين الحدوث بالرجل و المرأة إذا لم يعقل معه أوقات الصلوات، لعموم الأخبار الناطقة بردّ المجنونة «۶».

و فرّق المحقّق «۷» في المتجدّد بها بين ما قبل الدخول و ما بعده، فقطع بانتفاء الخيار في الثاني دون الأوّل، لأنّ التصرّف يمنع الرد بالعيب، و لصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد اللّه عن الصادق عليه السّلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء، من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا «۸».

الثاني من أقسام العيوب هو العيوب المختصّة بأحدهما.

أمّا عيوب الرجل، فثلاثة: الجبّ، و الخصاء، و العنّة. أمّا الجبّ و هو القطع فشرطه في إيجابه الخيار في الفسخ الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطء به و لو قدر الحشفة فلا خيار لها، لأنّ كلّ أحكام الوطء يتعلّق به، و لا يجري فيه أدلّة الخيار.

و لو استوعب ثبت الخيار كما قطع به الشيخ «۹» و جماعة، و نفى عنه الخلاف في المبسوط «۱۰» و الخلاف «۱۱» لفهمه من حكم الخصيّ و العنّين بطريق

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۱.

(۲) المقنعة: ص ۵۲۰.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۶۲- ۳۶۳.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۲.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۳۴۹ المسألة ۱۲۷ و ۱۲۸.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۳ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۰.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۲- ۵۹۳ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۹) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۰.

(۱۰) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۴.

(۱۱) الخلاف: ج ۴ ص ۳۴۷ المسألة ۱۲۴.

الأولى، فإنّ الخصيّ ربّما وطئ أشدّ من الفحل، و العنّين ربما برأ، و للضرر، و عموم خبر أبي الصباح سأل الصادق عليه السّلام عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت «۱». و ربّما تردّد فيه اقتصارا في خلاف الأصل

على المتيقّن، لعدم النصّ عليه بخصوصه.

و على ثبوت الخيار به يثبت مع سبقه على العقد بلا خلاف أو على الوطء لعموم الأدلّة، و عند ابن إدريس «٢» و المصنّف فى الإرشاد «٣» و موضع من التحرير «۴» و المحقّق «۵» و الشيخ فى الخلاف «۶» و موضع من المبسوط «٧» لا يثبت به إذا تأخّر عن العقد استصحابا له.

و فى الفسخ بالمتجدّد بعد الوطء إشكال من العموم، و من الاستصحاب و التصرّف المسقط للخيار و الأخبار الناصّة بأنّه لا خيار لها إذا وقع عليها مرّة ثمّ عنّ أو أخذ أو أعرض عنها «٨» و الضرر مشترك بينه و بين الأمراض المانعة من الوطء.

و الأوّل أقوى وفاقا للقاضى «٩» و الشيخ فى موضع من المبسوط «١٠» و المصنّف فى التلخيص «١١» و موضع من التحرير «١٢» إذ مع العموم لا معنى للاستصحاب أو إسقاط التصرّف للخيار.

و الفرق بينه و بين غيره من الأمراض أو الأعراض أو التأخيد توقّع الزوال،

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١١ ب ١۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۶.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ۶١٢.

(٣) الإرشاد: ج ٢ ص ٢٨.

(۴) التحرير: ج ٢ ص ٢٩ س ١۶.

(۵) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣١٨.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ٣۴٩ المسألة ١٢٧.

(٧) المبسوط: ج ۴ ص ٢۵٢.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١٠ ب ١۴ من أبواب العيوب و التدليس.

(٩) المهذّب: ج ٢ ص ٢٣۵ حيث نسبه إلى الأصحاب و لم يرده.

(١٠) المبسوط: ج ۴ ص ٢۵٣.

(١١) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ٣٨ ص ۴٨٠.

(١٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٢٩ س ١۶.

و يجوز أن يكون المراد بالمتجدّد ما بعد العقد قبل الوطء أو بعده.

فإن أثبتناه أى الخيار بما بعد العقد أو الوطء منه و صدر منها عمدا حيث يعتبر عمدها فالأقرب عدم الفسخ لأنّها التى فوّتت على نفسها الانتفاع، و ما به الانتفاع و إثبات الخيار لها لدفع الضرر عنها، فإذا قدّمت بنفسها عليه لم يثبت لها كما لا خيار للمشترى بإتلافه المبيع أو تعييبه. و يحتمل الثبوت للعموم، و عدم استلزام رضاها بالعيب رضاها بالنكاح معه، و العموم ممنوع، و الخيار خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا بيقين.

و أمّا الخصاء بالكسر و المدّ فهو سلّ الأنثيين أى إخراجهما و فى معناه بل قيل: منه الوجاء بالكسر و المدّ و هو رضّهما. و تفسخ به المرأة مع سبقه على العقد فى المشهور للضرر و الأخبار «١». و فى المبسوط «٢» و الخلاف «٣»: إنّه ليس بعيب، لأنّه يولج أكثر من الفحل، و لعلّه يحمل الأخبار على من لا يتمكن من الإيلاج، و ليس ببعيد.

و فى المتجدّد بعده قول بالفسخ لضرر، و عموم خبر أبى الصباح المتقدّم «۴»، و كونه أولى من العنّة. و ظاهر العبارة تمريضه،

لاختصاص أخباره بما قبله، و فيه وجه ثالث بالفرق بين ما قبل الوطء و ما بعده.

و أمّا العنّة فهو مرض يعجز معه الرجل عن الإيلاج، و ذلك لأنّه يضعف به الذكر عن الانتشار و قد يعمّم لما يكون عن مرض أو سحر، و هو إمّا من عنّ عن الشيء إذا حبس عنه، أو من عنّ إذا اعترض، لأنّ الذكر يعترض عن يمين الفرج و شماله، أو من عنّ عنه أى أعرض، لإعراضه عن النساء أو أعراض الذكر عن الفرج، أو من عنان الفرس تشبيها به فى اللبن.

و المعروف عند الأكثر فى اسمه: العنانة، و التعنين، و العنينة بالكسر و التخفيف

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶٠٨ ب ١٣ من أبواب العيوب و التدليس.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢۵٠.

(٣) الخلاف: ج ۴ ص ٣۴٨ المسألة ١٢۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١١ ب ١۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۶.

أو التشديد، و أنّ العنّة هى الحظيرة. قال المطرزى: على زعمهم اسم من العنّين مأخوذ من العنّة، و هى حظيرة الإبل، لأنّه كأنّه محبوس عن الجماع. قال: و قد تصفّحت الأصول فلم أعثر عليها إلّا فى صحاح الجوهرى، و رأيت فى كتاب البصائر لأبى حيّان التوحيدى: قل فلان عنّين بين التعنين، و لا تقل بين العنّة كما يقوله الفقهاء، فإنّه كلام مرذول. انتهى كلام المطرزى.

و هو سبب لتسلّط المرأة على الفسخ بالإجماع و النصّ «١»، و هو كثير بشرط عدم سبق الوطء عند الأكثر، و نفى عنه الخلاف فى المبسوط «٢» للأخبار: كخبر غياث الضبى «٣» أن الصادق عليه السّلام قال فى العنّين: إذا علم أنّه عنّين لا يأتى النساء فرّق بينهما، [و إذا وقع عليها دفعة واحدة لم يفرّق بينهما] «۴». و خبر السكونى عن الصادق عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام قال: من أتى امرأة مرّة واحدة ثمّ أخذ عنها فلا خيار لها «۵». و خبر إسحاق بن عمّار عنه عن أبيه: أنّ عليّا عليه السّلام كان يقول: إذا تزوّج الرجل امرأة فوقع عليها مرّة ثمّ أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت «۶». و لأنّه حينئذ يرجى زواله.

و خيّرها ابن زهرة مطلقا و ادّعى عليه الإجماع «٧»، و هو ظاهر المفيد «٨». و الدليل عليه: دفع الضرر، و نحو خبر أبى الصباح المتقدّم، و ضعف هذه الأخبار سندا و دلالة، و لذا توقّف فى المختلف «٩».

و يشترط عجزه عن وطئها و وطء غيرها اتّفاقا كما فى المبسوط «١٠»

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١٠ ب ١۴ من أبواب العيوب و التدليس.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢۶۴.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١٠ ب ١۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ٢.

(۴) لا يوجد فى ن.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١١ ب ١۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١٢ ب ١۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ٨.

(٧) الغنية: ص ٣۵۴.

(٨) المقنعة: ص ۵٢٠.

(٩) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٩۶.

(۱۰) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۴.

و الخلاف «۱» لانتفاء العنّينة بانتفائه، فهو داخل فى مفهومها حقيقة لا شرط إلّا أن يعمّم التعنين لما عن السحر، و لكنّه غير معروف فى معناه، فيقتصر فى خلاف الأصل على المعروف، و كلمة «أو» هنا تقتضى العجز عن الجميع لتنزيله منزلة نفى القدرة، فكأنّها دخلت فى المنفىّ، و نفى الأمرين المتعاطفين ب «أو» يقتضى نفيهما، فالمعنى اشتراط أن لا يقدر على وطء أحد.

فلو وطئها و لو مرّة واحدة أو عنّ أى حبس عنها دون غيرها أو عنّ عنها و عن غيرها قبلا لا دبرا فلا خيار لانتفاء العنّة، و الأخير فرع اعتبار الضعف عن الانتشار.

و يثبت به الخيار لو سبق على العقد أو تجدّد بعده بشرط عدم الوطء لها و لا لغيرها لعموم الأدلّة، و نفى عنها الخيار مع التجدّد فى المبسوط «۲».

و لو بان الزوج خنثى مع وضوح ذكوريّته فإن أمكن الوطء فلا خيار على رأى وفاقا للشيخ فى الخلاف «۳» و موضع من المبسوط «۴» و القاضى «۵» و المحقّق «۶»: للأصل من غير معارض. و كذا لو بانت الزوجة خنثى مع وضوح أنوثيّتها، و خيّرها فى موضعين من المبسوط «۷» للنفرة طبعا، و عدم اندفاع الشبهة بالعلامات لكونها ظنّيّة، و ضعفه ظاهر.

و إلّا يمكن الوطء ثبت الخيار، لدخوله فى عموم خبر أبى الصباح «۸» و للضرر، و الأولويّة من التعنين.

و لا يردّ الرجل بعيب سوى ذلك فى المشهور، للأصل، و قول

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۳۵۶ المسألة ۱۳۸.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۴.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۳۴۸ المسألة ۱۲۵.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۰.

(۵) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۳.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۹.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۳ و ۲۶۶.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۱ ب ۱۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۶.

الصادق عليه السّلام فى خبر غياث الضبى: و الرجل لا يردّ من عيب «۱». و ردّه القاضى فى المهذّب بالبرص و الجذام و العمى «۲» و أبو على بها و بالعرج و الزنا «۳». و سيأتى منه الميل إلى الردّ بالجذام. و الدليل فيه و فى البرص قول الصادق عليه السّلام فى صحيح الحلبى: يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل «۴». و للضرر بالعدوى و النفرة مع أنّه أولى بالردّ منها، لإمكان تخلّصه بالطلاق دونها.

و أمّا المرأة، فالمختصّ بها من العيوب المخيّرة فى الفسخ سبعة:

الجذام، و البرص، و القرن، و الإفضاء، و العمى، و العرج، و الرتق.

أمّا الجذام، فهو مرض سوداوى يظهر معه تناثر اللحم و يبس الأعضاء و يثبت به الخيار بالنصّ «۵» و الإجماع. و لا بدّ أن يكون بيّنا متحقّقا فلو قوى الاحتراق لعضو من الوجه أو غيره أو تعجّر الوجه أى غلظ و ضخم و صار ذا عجر أى عقد أو استدارت العين

و لم يعلم كونه منه أى الجذام لم يوجب فسخا للأصل، و لو اختلفا كان القول قولها إلّا أن يشهد به عدلان.

و أمّا البرص، فهو البياض أو السواد الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم أو السوداء، و اقتصر هو و غيره على البياض، لأنّه المعروف فى اللغة، و إنّما السواد من اصطلاح الأطبّاء.

و لا اعتبار بالبهق و الفرق بينه و بين البرص إذا كانا أبيضين: أنّ البرص غائر فى اللحم إلى العظم دون البهق، و من علاماته أنّه إذا غرز فى الموضع إبرة لم يخرج دم بل ماء أبيض، و إن دلك لم يحمر، و يكون جلده أنزل و شعره أبيض

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۰ ب ۱۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۲.

(۲) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۱.

(۳) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۸۳ و ۱۸۴ و ۱۸۶ و ۲۰۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۳ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس ح ۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۲ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس.

و إذا كانا أسودين أنّ البرص يوجب تفليس الجلد كما يكون للسمك. و لا اعتبار بالمشتبه به لما عرفت.

و أمّا القرن بالسكون فقيل: إنّه عظم ينبت فى فم الرحم كالسنّ يمنع الوطء، و قيل: إنّه لحم ينبت فى فم الرحم يمنعه يسمّى العفل و هو المعروف عند أهل اللغة «۱».

قال فى المبسوط: و قال أهل الخبرة: العظم لا يكون فى الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم فى فرجها، و هو الذى يسمّى العفل، يكون كالرتق سواء «۲». انتهى.

و ينصّ عليه صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن الصادق عليه السّلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن، و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا «۳».

و فى المغرب و المعرب: إن القرن فى الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه، إمّا غدّة غليظة، أو لحمة مرتتقة أو عظم. انتهى. و يقال: إنّ القرن بفتحتين مصدر قرنت المرأة تقرن إذا صارت قرناء.

و على كل تقدير فإن منع الوطء أوجب الفسخ اتفاقا و إلّا فلا وفاقا للشيخ «۴» و القاضى «۵» للأصل و الاحتياط و هذا الخبر، إذ الظاهر أنّ المراد أنّه إذا وقع عليها أمكنه الوطء فلا خيار، و لانتفاء الضرر، و لصحيح أبى الصباح سأل الصادق عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة فوجد بها قرنا، قال: هذه لا تحبل و لا يقدر زوجها على مجامعتها يردّها على أهلها صاغرة و لا مهر لها، قال: قلت: فإن كان دخل بها، قال: إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها- يعنى المجامعة- ثمّ جامعها

---

(۱) النهاية لابن الأثير: ج ۴ ص ۵۴ مادّة «قرن»، الصحاح: ج ۵ ص ۱۷۶۹ مادّة «عفل».

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۰.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۲ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۰.

(۵) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۴.

فقد رضى بها، و إن لم يعلم إلّا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك و إن شاء طلّق «۱».
و لا ينافيه آخر الخبر، فإنّ المجامعة يجوز أن لا يكون فى القبل أو لا يكون بحيث تغيب الحشفة.
و يقوى إثبات الخيار مطلقا وفاقا لإطلاق الأكثر، و نصّ المحقّق «۲» لعموم الأخبار «۳» حتّى خبر عبد الرحمن الذى سمعته آنفا.
و يمكن القول باشتراط عدم التمكن من كمال المجامعة لحصول الضرر، و كونه المفهوم من خبر أبى الصباح هذا، و يمكن تنزيل كلام الكلّ عليه فيرتفع الخلاف.
و أمّا الإفضاء، فهو ذهاب الحاجز بين مخرج البول و مخرج الحيض كما هو المعروف، و لا خلاف فى الردّ به، و ينصّ عليه نحو صحيح أبى عبيدة عن الباقر عليه السّلام قال: إذا دلست العفلاء نفسها و البرصاء و المجنونة و المفضاة و من كان بها زمانة ظاهرة، فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق «۴».
و يمكن أن تردّ المفضاة بذهاب الحاجز بين مخرجى الحيض و الغائط بطريق الأولى.
و أمّا العمى، فالأظهر من المذهب أنّه موجب للخيار و حكى عليه المرتضى «۵» و ابن زهرة الإجماع «۶»، و يدلّ عليه نحو صحيح داود بن سرحان عن الصادق عليه السّلام فى الرجل يتزوّج المرأة، فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال:
تردّ على وليّها «۷». و نسبه الشيخ فى الخلاف «۸» و المبسوط إلى بعض الأصحاب «۹» و هو يشعر بالمنع و دليله الأصل، و الاحتياط، و انتفاء الضرر، و الحصر فى الأربعة

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۸ ب ۳ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.
(۲) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۰.
(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۲ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس.
(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۶ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.
(۵) الناصريّات: ص ۳۳۷ المسألة ۱۵۸.
(۶) الغنية: ص ۳۵۴.
(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۴ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس ح ۹.
(۸) الخلاف: ج ۴ ص ۳۴۶ المسألة ۱۲۴.
(۹) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۹.

فى ظاهر ما تقدّم من صحيح عبد الرحمن «۱».
و فى صحيح الحلبى عن الصادق عليه السّلام قال: إنّما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل «۲». و يدفعه أنّه فى الكافى بدون اداة الحصر «۳». و جواز إضافيّة الحصر كما فى خبر محمّد بن مسلم سأل الباقر عليه السّلام عن رجل تزوّج إلى قوم امرأة فوجدها عوراء و لم يبيّنوا، أ له أن يردّها؟ قال: إنّما يردّ النكاح من الجنون و الجذام و البرص «۴».
و لا اعتبار بالعور لخروجه عن المتفاهم من العمى مع الأصل و الاحتياط، و لهذا الخبر، و صحيح الحلبى عن الصادق عليه السّلام فى الرجل تزوّج إلى قوم فإذا امرأته عوراء و لم يبيّنوا له، قال: لا تردّ «۵». و نحوهما خبر الشحام «۶».
و أولى منه العمش و قلّة النظر لبياض و غيره و العمى يوجب التسلّط على الفسخ و إن كانتا مفتوحتين بلا انضمام و لا تغطى ببياض و نحوه للعموم، و إن كان يقال إنّ أصل العمى يدلّ على الستر و التغطية.

و أمّا العرج، فإن بلغ الإقعاد فالأقرب وفاقا للمشهور تسلّط الزوج على الفسخ به لما مرّ من صحيح داود بن سرحان «٧» و نحوه. و إلّا فلا وفاقا للشرائع «٨» و الجامع «٩» و المقنع «١٠» لصحيح أبى عبيدة عن الباقر عليه السّلام قال: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونة و المفضاة و من كان بها زمانة ظاهرة

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٩٢ ب ١ من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٩٧ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ۵.

(٣) الكافى: ج ۵ ص ۴٠۶ ح ۶.

(۴) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۴٣٣ ح ۴۴٩۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶٠٠ ب ۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٩۴ ب ١ من أبواب العيوب و التدليس ح ١١.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٩۴ ب ١ من أبواب العيوب و التدليس ح ٩، و ص ۵٩٧ ح ۶.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٢٠.

(٩) الجامع للشرائع: ص ۴۶٢.

(١٠) المقنع: ص ١٠٣.

فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق «١».

فانّ المعهود من الزمانة ما يؤدّى إلى الإقعاد، و الوصف بالظهور يدلّ على العدم مع الخفاء فضلا عن العرج الذى لا يبلغ الإقعاد، بل الظاهر من الزمانة الغير الظاهرة ذلك. هذا مع كون الخيار خلاف الأصل و الاحتياط، و وقوع الخلاف فى مطلق العرج، فلنقتصر منه على هذا النوع منه و كونه نوعا منه، لأنّ العرج فى الأصل هو الميل، و انّما سمّى به الآفة المعهودة لميل الرجل أو عضو منها عن مكانه أو عن الاستقامة فى المشى و نحوه، و الميل متحقّق فى الإقعاد.

و الأكثر على إيجابه الخيار، من غير تقييد للإطلاق فى نحو صحيح داود بن سرحان المتقدم، و عدم صلاحيّة هذا الخبر للتخصيص. و قيّده فى التحرير «٢» و المختلف بالبيّن «٣» وفاقا للسرائر، و نسب فيه إلى الأصحاب «۴» و لعلّ المراد به ما يسمّى فى العرف عرجا «۵». و كلام المبسوط «۶» و الخلاف «٧» و المهذّب «٨» و المقنع «٩» يعطى عدم الفسخ للأصل، و الاحتياط، و ما حصره من الأخبار «١٠» فى غيره.

و أمّا الرتق، فهو أن يكون الفرج ملتحما ليس فيه مدخل للذكر كلّا أو بعضا و يوجب الخيار فى المشهور مع منع الوطء رأسا و لم يمكن إزالته و هو حال عن فاعل المنع أو معطوف على المنع بالتأويل إلى المفرد.

أو أمكن و امتنعت لكونه كالقرن أو أولى، و لقوله عليه السّلام فيما تقدّم من صحيح أبى الصباح فى القرناء: «هذه لا تحبل و لا يقدر زوجها على مجامعتها،

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٩٣ ب ١ من أبواب العيوب و التدليس ح ۵.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٢٩ س ٢.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٨٧.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۳.

(۵) ليس فى ن.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۲۴۹.

(۷) الخلاف: ج ۴ ص ۳۴۶ المسألة ۱۲۴.

(۸) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۱.

(۹) المقنع: ص ۱۰۴.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۲ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس.

يردّها على أهلها» «۱» لأنّه تعليل، بل الظاهر دخوله فى العفل، فإنّه لحم ينبت فى فم الفرج يمنع الوطء، و الارتتاق لا يكون إلّا لنبات اللحم، و لذا حكم فى التحرير بالمرادفة «۲». و لمّا لم يكن عليه بخصوصه نصّ و المرادفة و نحوها غير معلوم و الأولويّة ممنوعة تردّد فيه المحقّق «۳» و لم أر فيه مخالفا غيره، و الخبر ربما يدلّ على ثبوت الخيار إذا لم يمكن للزوج وطؤها و إن أمكن لمن كان أصغر منه آلة.

و ليس له أى الزوج إجبارها على إزالته فإنّه حرج مع انتفاء الضرر بالخيار. و لا تردّ المرأة فى المشهور بعيب سوى ذلك للأصل و الاحتياط و الأخبار الحاصرة نصّا أو ظاهرا.

و قيل فى المقنعة «۴» و المراسم «۵» و المهذّب «۶» و الكافى «۷»: إنّ المحدودة فى الزنا تردّ للعار، و لخبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن الصادق عليه السّلام سأله عن رجل تزوّج امرأة فعلم بعد ما تزوّجها أنّها كانت زنت، قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممّن زوّجها، و لها الصداق بما استحلّ من فرجها و إن شاء تركها «۸».

و نحوه صحيح معاوية بن وهب «۹» و حسن الحلبى «۱۰» و قد تقدّم الكلّ.

و الجواب المعارضة بنحو خبر رفاعة: سأل الصادق عليه السّلام عن المحدود و المحدودة هل يردّ من النكاح؟ قال: لا «۱۱»، و أنّها ليست نصوصا فى الردّ.

و لذا قيل فى السرائر «۱۲»: بل يرجع إلى وليّها العالم بحالها

---

(۱) الكافى: ج ۵ ص ۴۰۹ ح ۱۸.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲۸ س ۳۰.

(۳) انظر شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۰.

(۴) المقنعة: ص ۵۱۹.

(۵) المراسم: ص ۱۵۰.

(۶) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۱.

(۷) الكافى فى الفقه: ص ۲۹۵.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۱ ب ۶ من أبواب العيوب و التدليس ح ۴.

(۹) الكافى: ج ۵ ص ۳۵۵ ح ۴.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۱ ب ۶ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۰ ب ۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۲.

(۱۲) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۳.

بالمهر و لا فسخ فإنّ الأخبار إنّما تدلّ على الرجوع به، و كذا في النهاية «۱»، إلّا أنّه أطلق الرجوع به عليه. و أطلق الصدوق «۲» و أبو عليّ «۳» الردّ بالزنا و قد تقدّم، [مع الكلام في ظهور خلاف ما ادّعاه من الانتساب و الاحتراف] «۴».

[الفصل الثاني في أحكام العيوب]

الفصل الثاني في أحكام العيوب خيار الفسخ على الفور بالاتّفاق كما يظهر من الأصحاب، اقتصارا في خلاف الأصل على المتيقّن، و تحرّزا من الضرر اللازم من التأخير، و لا ندافع الضرر بالتخيير فورا، و لأنّ التأخير رضى.

فلو سكت صاحبه عالما به و بموجبه مختارا بطل خياره، و كذا خيار التدليس بالعيب أو غيره ممّا شرط، لكن إن توقّف الفسخ على حكم الحاكم فالفوريّة بمعنى فوريّة المرافعة إليه ثمّ طلبه منه بعد الثبوت.

و ليس الفسخ طلاقا، فلا يشترط بشروطه، و لا يعدّ في الثلث، و لا يطّرد معه تنصيف المهر إذا وقع قبل الدخول، و إنّما يثبت معه ذلك في العنّة بدليل.

و لا يفتقر إلى الحاكم للأصل و عموم الأخبار «۵» خلافا لأبي علي «۶» و المبسوط «۷» في وجه، لقطع التشاجر و وقوع الاختلاف فيه و الاحتياط. و هذا حكم آخر للفسخ ليس من فروع انتفاء كونه طلاقا، و يجوز أن يكون منها بناء على أنّ المراد نفي الافتقار إليه من أيّهما كان الفسخ، و الطلاق يفتقر إليه إن أجبر عليه الزوج.

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۶۰.

(۲) المقنع: ص ۱۰۹.

(۳) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۰۶.

(۴) لم يرد في المطبوع.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۲ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس.

(۶) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۰۷.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۳.

و في العنّة يفتقر إليه أي الحاكم، لكنّه لا في الفسخ، بل في ضرب الأجل، و تستقلّ المرأة بعده أي الأجل في التسلّط عليه.

و لا يفسخ الرجل بالمتجدّد بالمرأة بعد الوطء في المشهور اقتصارا في خلاف الأصل على اليقين، و لابتناء العقد على الصحّة، و جبرا لانهتاك حرمتها بالدخول، و لقوله عليه السّلام في صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد اللّه: المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا «۱».

خلافا للمبسوط «۲» فخيّره مطلقا، لإطلاق الأخبار، و لأبي علي فخيّره في الجنون خاصّة «۳».

و في المتخلّل بينه و بين العقد إشكال من عموم الأدلّة، و عدم انهتاك حرمتها، و أصالة تأخّر الحادث، فلا يعلم بكون العيب قبل

العقد غالبا، فلو نفيناه إذا تجدد بعده انتفى غالبا، و هو اختيار الشيخ «۴» و ابن سعيد «۵» و أقربه العدم وفاقا للمحقّق «۶» و ابن إدريس «۷» من الاحتياط، و التمسّك بمقتضى العقد المنعقد صحيحا.

و لا يمنع الوطء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل به أو بالحكم من أيّهما كان، بلا خلاف لعموم الأدلّة و الاستصحاب. فيجب عليه المهر المسمّى للدخول. و يرجع به على المدلّس إن كان لأنّه حكم التدليس و الأخبار به «۸» بخصوصه. و استشكل بأنّه إن كان حقّا ثابتا بالدخول فله الرجوع على المدلّس، و يندفع بالنصّ و الفتوى.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۲ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۲.

(۳) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ۱۹۰.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۲.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۶۳.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۰.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۳.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۶ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس.

و إلّا يكن مدلّس بأن لم تعلم المرأة ما بها من العيب لخفائه أو لجهلها بكونه عيبا، و كذا من زوّجها من الوليّ أو غيره فلا رجوع، و لو كانت هى المدلّسة رجع عليها للتدليس إلّا بما يمكن أن يكون مهرا و هو أقل ما يتموّل، لئلّا يخلو البضع عن العوض و قال أبو على: إلّا بمهر مثلها، لأنّه العوض للبضع إذا وطأ لا عن زنا «۱». و لم يتعرض لاستثناء شىء منهما جماعة، لإطلاق الأدلّة.

و لو كان العيب فيه لزمه المهر فى خاصّه أى خاص ماله دون من دلّس عليها إذا فسخت بعد الوطء لاستقرار المهر عليه بالوطء، و هو ليس بمغرور فيلزمه المهر. و نفى ابن حمزة المهر لها إذا فسخت، سواء كان بعد الدخول أو قبله. «۲»

و لو فسخ الزوج قبل الدخول سقط المهر لأنّه و إن كان الفسخ منه لكنّه لعيب فيها، فهو بسبب منها، و ينصّ عليه نحو قول الباقر عليه السّلام فى صحيح أبى عبيدة: و إن لم يكن دخل بها فلا عدّة لها و لا مهر لها «۳».

و كذا المرأة إذا فسخت قبل الدخول و هى أولى بذلك، لأنّ الفسخ منها إلّا فى العنّة فيثبت لها النصف فى المشهور، لقول الباقر عليه السّلام فى صحيح أبى حمزة أو حسنه: فرّق بينهما، و أعطيت نصف الصداق، و لا عدّة عليها «۴». و لعلّ السرّ فيه تكشّفها «۵» لديه. و أوجب لها أبو على تمام المهر «۶» بناء على إيجابه المهر بالخلوة، و أطلق ابن حمزة نفى المهر إذا كانت هى الفاسخة «۷».

---

(۱) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۰۶.

(۲) الوسيلة: ص ۳۱۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۶ ب ۲ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۳ ب ۱۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۵) فى المطبوع: بكشفها.

(۶) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۹۷.

(۷) الوسيلة: ص ۳۱۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۳۷۵

و لو وطأ الخصىّ فلها المهر كملا للوطء و الفسخ للخصاء و قد مضى القول بنفيه. و ممّا يؤكّد الحكمين خبر ابن مسكان قال: بعثت بمسألة مع ابن أعين فقلت: سله عن خصىّ دلس نفسه لامرأة و دخل بها فوجدته خصيّا، قال:

يفرّق بينهما و يوجع ظهره، و يكون لها المهر بدخوله عليها «۱». و خبر سماعة عن الصادق عليه السّلام: إنّ خصيا دلّس نفسه لامرأة، قال: يفرق بينهما، و تأخذ المرأة صداقها، و يوجع ظهره كما دلّس نفسه «۲».

و إذا اختلفا كان القول قول منكر العيب لأصالة عدمه، و عدم الخيار، و استقرار العقد مع يمينه و عدم البيّنة و عدم كونه ظاهرا يسهل الاطلاع عليه.

و لا تثبت العنّة إلّا بإقراره أو البيّنة على إقراره لا عليها، فإنّها ممّا لا يطّلع عليه غيره، إلّا الزوجة و نحوها. أو نكوله عن اليمين. إمّا مع يمين المرأة على الثبوت أو مطلقا على خلاف يأتى فى القضاء فى الحكم بمجرّد النكول، أو مع يمين المدّعى، و الفرق بينها و بين البيّنة حيث يسمع قولها مع يمينها فى الإثبات، و لا تسمع البيّنة بثبوتها، أنّ لها من الاختصاص به ما يوجب لها العلم بحاله عادة، بخلاف غيرها. و الإشكال على القول بأنّ يمين المدّعى بمنزلة البيّنة من أنّه يوجب عدم اعتبار يمينها، لعدم سماع البيّنة على نفس العنة ظاهر الاندفاع، فإنّها هنا كالبيّنة المسموعة.

فلو ادّعت العنّة من دون الثلاثة أى الإقرار أو البيّنة أو النكول حلف الزوج و استمرّ النكاح.

و قيل فى المقنع «۳» و رسالة علىّ بن بابويه لابنه «۴» و الجامع «۵» و الوسيلة «۶»:

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۸ ب ۱۳ من أبواب العيوب و التدليس ح ۳.

(۲) المصدر السابق: ح ۲.

(۳) المقنع: ص ۱۰۷.

(۴) حكاه عنه فى السرائر: ج ۲ ص ۶۱۵.

(۵) جامع الشرائع: ص ۴۶۳.

(۶) الوسيلة: ص ۳۱۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۳۷۶

إن تقلّص الذكر أى انضم إلى أصله بالتشنّج فى الماء البارد فصحيح، و إن استرخى فعنّين و لا يعرف له مستند شرعى، فلذا أنكره الأكثر.

و لو ادّعى الوطء قبلا أو دبرا أو وطأ غيرها و لو بعد ثبوت العنّة و لو بإقراره صدّق مع اليمين و إن كان فى صورة المدّعى، لأنّه فعله فلا يعلم إلّا منه، كدعوى المرأة انقضاء العدّة بالأقراء، و لأنّه فى الحقيقة منكر لثبوت الخيار، و تزلزل العقد و إن كان قبل الثبوت أو الإقرار فهو منكر لأصل التعنين. كما ينصّ عليه صحيح أبى حمزة أو حسنه سمع الباقر عليه السّلام يقول: إذا تزوّج الرجل المرأة الثيب التى قد تزوّجت زوجا غيره فزعمت أنّه لا يقربها منذ دخل بها فإنّ القول فى ذلك قول الزوج، و عليه أن يحلف باللّه لقد جامعها، لأنّها المدّعية «۱».

و قيل فى المقنع «۲» و النهاية «۳» و المهذّب «۴»: فى دعوى وطء القبل إن كانت بكرا صدّق مع شهادة النساء بذهابها أى

البكارة.

و فى الخلاف «۵»: أنّها إلّا تكن بكرا حشى قبلها خلوقا و هو طيب من أخلاط منها الزعفران و نحوه غيره ممّا له لون، و تخصيصه لتخصيصه فى النصّ، و أمر بوطئها بحيث يؤمن من تدليسه، بأن لا يعلم ما حشى به قبلها، أو يتركا فى بيت خال و يربط يداه و نحو ذلك ممّا يؤمن معه التدليس. فيصدّق مع ظهوره على العضو بأن يؤمر بغسله فى إناء. و يدلّ على حكم البكر قول الباقر عليه السّلام فى تمام خبر أبى حمزة: و إن تزوّجها و هى بكر فزعمت أنّه لم يصل إليها فإنّ مثل هذا تعرفه النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهنّ، فإذا ذكرت أنّها عذراء، فعلى الإمام أن يؤجّله سنة «۶».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۳ ب ۱۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۲) المقنع: ص ۱۰۴.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۶۶.

(۴) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۶.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۳۵۷ المسألة ۱۴۰.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۳ ب ۱۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

و على حكم الثيّب- مع الإجماع، كما ادّعى فى الخلاف «۱»- قول الصادق عليه السّلام فى خبر غياث بن إبراهيم إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام أمرها أن تستذفر بالزعفران ثمّ يغسل ذكره، فإن خرج الماء أصفر صدّقه، و إلّا أمره بطلاقها «۲». و فى مرسل عبد اللّه بن الفضل الهاشمى: تحشوها القابلة بالخلوق و لا يعلم الرجل فإن خرج و على ذكره الخلوق صدّق و كذّبت، و إلّا صدّقت و كذّب «۳». و الخبران ضعيفان.

نعم إن رضى الزوجان بذلك فلا بأس بالعمل بهما إذا ظهرت قرينة للوطء دون العكس، فإنّ غايته أن لا يكون قد وطأها، و لا يلزم منه الحكم بالتعنين.

و خبر أبى حمزة و إن صحّ لكن لا يلزم من زوال البكارة الحكم بالوطء، لجواز زوالها بغيره، و لا ببقائها الحكم بالتعنين، و ان ادّعى وطأها فإنّ غايته الكذب فى خصوص ذلك دون السلامة من العنانة. و أمّا إن ادعى عود البكارة فلا يسمع، لأنّه خلاف الأصل و الظاهر، إلّا أن يحلف بعد أن نكلت.

و إذا ثبتت العنّة و صبرت لزم العقد، و إلّا رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجّله سنة من حين المرافعة، فإن واقعها أو غيرها فى السنة فلا فسخ و إلّا فسخت إن شاءت كما قطع به أكثر الأصحاب، و رواه أبو حمزة «۴» و محمد ابن مسلم «۵» فى الصحيح و أبو البخترى «۶» عن الباقر عليه السّلام، و إن اقتصر فى خبرى أبى حمزة و أبى البخترى على إصابتها، فإنّه لا خلاف فى انتفاء التعنين بإصابة أىّ كانت.

و السرّ فى التأجيل أنّ العجز قد يكون لحرّ فيتربّص به إلى الشتاء، أو برد فيتربّص به إلى الصيف، أو رطوبة فيتربّص به إلى الخريف، أو يبوسة فيتربّص به إلى الربيع.

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۳۵۷ المسألة ۱۴۰.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۴ ب ۱۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۳ ب ۱۵ من أبواب العيوب و التدليس.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۳ ب ۱۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۱ ب ۱۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۵.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۲ ب ۱۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۹.

و قصّر التأجيل أبو علي على ما حدث بعد العقد، و أجاز لها الفسخ في الحال فيما كان قبله «۱» لقول الصادق عليه السّلام في خبر غياث الضبّي: إذا علم أنّه عنّين لا يأتي النساء فرّق بينهما «۲». و خبر أبي الصباح سأله عليه السّلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت «۳». و هما مع الضعف مطلقا، لا بدّ من حملهما على التفصيل في الأخبار الأوّلة. و في المختلف: إن العلم إنّما يحصل بالتأجيل سنة «۴». و لها نصف المهر أو كلّه كما عرفت.

و لو قيل بأنّ للمرأة الفسخ بالجذام في الرجل كما هو صريح المهذّب «۵» و ظاهر أبي علي «۶» أمكن، لوجوب التحرّز من الضرر المخوف، و ضرر العدوى هنا مخوف طبّا و عادة و شرعا فإنّه عليه السّلام قال: فرّ من المجذوم فرارك من الأسد «۷» و هي أولى بإثبات الخيار منه، فإنّ بيده الطلاق، و لعموم قول الصادق عليه السّلام: إنّما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل «۸». و فيه منع ظاهر.

و كلام ابني البرّاج «۹» و الجنيد «۱۰» يعمّ الجذام و البرص جميعا، و مال إليه فيهما في المختلف «۱۱»، و لعلّه إنّما اقتصر هنا على الجذام، لعدم العلم بالإعداء في البرص، و لكن في الخصال عن درست عن الكاظم عليه السّلام قال: قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: خمسة

---

(۱) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۹۶.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۰ ب ۱۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۱ ب ۱۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ۶.

(۴) مختلف الشيعة: ۱۹۷.

(۵) المهذّب: ج ۲ ص ۲۳۱.

(۶) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۸۴.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۱ ص ۲۷۴ ب ۴۹ من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه ح ۱۷.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۷ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس ح ۵.

(۹) المهذب: ج ۲ ص ۲۳۱.

(۱۰) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۸۴.

(۱۱) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۸۵.

يجتنبون على كلّ حال: المجذوم و الأبرص و المجنون و ولد الزنا و الأعرابي «۱».

و في بعض نسخ الكتاب فإنّه عليه السّلام قال: فرّ من الأجذم و الأبرص فرارك من الأسد «۲». و عليه فقد أشار إلى الردّ بالبرص أيضا.

و يثبت العيب بإقرار صاحبه أو بشهادة عدلين عارفين، و فى العيوب الباطنة للنساء بشهادة أربع منهنّ مؤمنات عارفات عدول، و كأنّه اتكل على ظهور اشتراط العدالة و المعرفة، و يمكن قراءة مؤمنات، بفتح الميم أى المأمونات من الجهل و الكذب، فيشتمل على الشرطين.

و لو كان بكلّ منهما عيب موجب للخيار ثبت لكلّ منهما الخيار اتفق العيبان أو اختلفا، لعموم الأدلّة حتّى الجذام أو البرص إن اشتركا فيه و قلنا بالخيار لها، فإنّ الإعداء مخوف على المبتلاة به أيضا، فربّما زاد مرضها، و للعامّة وجه بسقوط الخيار مع الاتحاد للتكافؤ «۳».

و فى الرتق الممتنع الإزالة بالذات أو بامتناعها مع الجبّ إشكال من العموم، و من أنّ العلّة فى الخيار- كما تدلّ عليه ألفاظ الأخبار «۴» و دليل العقل- تضرّر أحدهما بعدم التمكّن من الوطء، و هنا لا ضرر لاشتراكهما فى ذلك.

و لو طلّق قبل الدخول ثمّ علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق من نصف المهر و نحوه، لأنّه طلاق صحيح فى نكاح صحيح لم يطرأ عليه فسخ، فيثبت أحكامه ما لم يعرض مزيل له، و لا يصلح ثبوت الخيار مزيلا له، و هو ظاهر مع حصول المقصود بالذات من الفسخ، و هو زوال الزوجيّة بالطلاق، و كذا لو طلق بعده أى بعد الدخول ثبت لها تمام المهر.

و ليس له الفسخ فى شيء من التقديرين، إذ لا زوجيّة ليفسخها مع

---

(۱) الخصال: ج ۱ ص ۲۸۷.

(۲) الموجود فى نسختنا: «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد» راجع الخصال: ج ۲ ص ۵۲۱.

(۳) المغنى لابن قدامة: ج ۷ ص ۵۸۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۹۳ ب ۱ من أبواب العيوب و التدليس.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۳۸۰

حصول الغرض منه بالطلاق، و قد يقال له: الفسخ فى الرجعيّة لبقاء العلقة، و إفادته تعجيل البينونة، فتحل الخامسة و أختها، و ينقطع الإرث و نفقة العدّة.

و لا له الفسخ بعد الرجعة مع العلم بالعيب و حكمه قبلها فإنّ الرجعة رضى بالنكاح، و أمّا إذا لم يعلم إلّا بعد الرجعة فلا إشكال فى جوازه و إذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العدّة لوجوبها لكلّ وطئ صحيح و لا نفقة فيها للبينونة إلّا مع الحمل إن قلنا بأنّ نفقة الحامل لحملها، و على الزوج البيّنة لو أنكر الولىّ علمه بالعيب و أمكن فى حقّه عادة، لخفاء العيب، أو عدم المحرميّة، أو المشاهدة، أو أراد الرجوع عليه بالمهر و غيره للغرور.

فإن فقدها فله على الولىّ اليمين، فإذا حلف سقط عنه الدعوى، و رجع الزوج على المرأة، لأنّها غرّت الزوج حيث لم تعلم الولىّ بما فيها من العيب.

فإن ادّعت على الولىّ إعلامه حلف إن لم يكن لها بيّنة، و لا يكفى اليمين الأولى، لأنّها لمدّع آخر، فإن نكل أو ردّ اليمين حلفت و ثبت الرجوع عليه بحسب هذه الدعوى.

و يحتمل أن لا تحلف لاستلزامه إبطال الحكم بعدم الرجوع بالحكم بالرجوع، و أن يبتنى على أنّ اليمين المردودة كالإقرار فتحلف، لسماع إقرار المنكر بعد الإنكار و الحلف، أو كالبيّنة فلا تحلف، إذ لا تسمع البيّنة بعد حلف المنكر «۱»، و فى التحرير: الرجوع على الولىّ الذى يجوز له النظر إليها مع العلم للتغرير و بدونه للتفريط بترك الاستعلام «۲».

و لو سوّغنا الفسخ بالمتخلّل من العيب بين العقد و الوطء أو المتأخّر عنه فرضى ببرص سابق على العقد ثمّ اتسع بعده فى ذلك

العضو فالأقرب ثبوت الخيار بالزّيادة، لأنّها عيب لم يحصل منه الرضا به.

---

(۱) فى ن زيادة: فى وجه.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲۹ س ۱۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۳۸۱

و يحتمل العدم كما اختاره فى التحرير «۱» وفاقا للجامع «۲» لأنّ الرضا بالشى‌ء رضا بما يتولّد منه، و لأنّه عيب واحد و قد حصل الرضا به، و ضعفه ظاهر.

و لو حصل البرص فى غيره أى غير محلّ البرص السابق ثبت الخيار قطعا لظهور المغايرة، و ربّما يظهر من المبسوط «۳» التوقّف فيه، لأنّ اتفاق الجنس يوجب الرضا بفرد منه الرضا بغيره، و لا إشكال فى ثبوت الخيار مع اختلاف الجنس.

و يسقط حكم العنّة بتغييب «۴» الحشفة فى الفرج بحيث يشتمل عليها شفراه اتفاقا، فإنّه أقلّ وطء معتبر شرعا مستوجب لسائر أحكامه. و أمّا إن لم يشتمل عليها الشفران بان انقلبا. ففى الاعتبار وجهان للشافعيّة، أظهرهما الاعتبار، لحصول التقاء الختانين، فإنّ المشهور فى معناه التحاذى، و لتحقّق الإيلاج الذى لا يقدر عليه العنّين، و كون الشفرين بمنزلة ما يلفّ على الذكر من خرقة و نحوها.

و بتغييب مقطوعها أى الذكر المقطوع الحشفة، أو الشخص لمقطوعها على تقدير التغييب لا- بالعطف، أو على العطف على الفاعل المحذوف للتغييب بقدرها على ما قوّاه الشيخ «۵»، لاعتبار قدرها مع وجودها، فكذا مع عدمها.

و فيه وجه باعتبار غيبوبة الجميع، إذ مع وجود الحشفة يكون للوطء المعتبر حدّ يرجع إليه، و لا- كذلك مع القطع، فلا- يقطع بحصول المعتبر منه، إلّا بتغييب الجميع، و تردّد فى التحرير «۶».

و يسقط بالوطء فى حال حرمته من نحو الحيض و النفاس و الإحرام بلا خلاف كما فى المبسوط «۷»، لحصول الوطء الناقض للعنة و إن كان

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲۹ س ۲۲.

(۲) الجامع للشرائع: ص ۴۶۳.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۳.

(۴) فى قواعد الأحكام: بتغيّب.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۴.

(۶) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۰ س ۶.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۳۸۲

محرّما لعموم الأدلّة، و كذا بالوطء فى الدبر كما فى المبسوط «۱» و التحرير «۲» و إن قلنا بحرمته.

و لا فرق فى لزوم العقد باختيار المقام معه أى العنّين بين الاختيار فى أثناء السنة المضروبة لاختياره أو بعدها لعدم الفارق، و لأنّه أولى من الاختيار قبل التأجيل.

و للعامّة وجه بعدم اللزوم بالاختيار فى الأثناء «۳» بناء على أنّه لا خيار لها إلّا بعد الأجل، فلا عبرة باختيارها المقام، كما لا عبرة

بفسخها، و ضعفه ظاهر.

و إذا علمت بعيبه «۴» أيّا كان، بل إذا علم كلّ منهما بعيب الآخر قبل العقد فلا خيار لأنّ العقد معه رضا بالعيب، خلافا لأحد قولى الشافعى «۵».

و لو وطئها أو وطأ غيرها و بالجملة سقط عنه دعوى العنّة ثمّ بانت عنه بطلاق أو غيره ثمّ تزوّجها فادّعتها أى العنّة سمعت فإنّها مرض ربما يحدث، و لعموم الأدلّة، و عدم الفرق بينها و بين غيرها، فإنّه تسمع دعوى العنّة، و إن كان تزوّج قبلها امرأة أخرى لم يعنّ عنها، و إنّما لم تسمع فى النكاح الواحد للنصّ و الإجماع إن تمّ.

و لو تزوّج بأربع و طلّقهن، فشهدن عليه بالعنّة لم تسمع لعدم سماع شهادتهنّ فى عيوب الرجال.

و هل يثبت للأولياء الخيار إذا ظهر لهم العيب؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولّى عليه، زوجا كان أو زوجة كاملة بالبلوغ و الرشد أم لا، إن قلنا بالولاية الإجباريّة على البالغة الرشيدة، لأنّ الولىّ الإجبارى كما له الإجبار على النكاح و تركه ابتداء، فكذا استدامة لعدم الفارق، و لأنّه منصوب لاختيار ما فيه مصلحة المولّى عليه، خرج عنه الطلاق بالنصّ و الإجماع.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۶۴.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۰ س ۶.

(۳) المغنى لابن قدامة: ج ۷ ص ۶۰۹.

(۴) فى المطبوع و القواعد: بعنّته.

(۵) المغنى لابن قدامة: ج ۷ ص ۶۰۷.

و يحتمل العدم، لأنّه منوط بالشهوة فهو كالطلاق.

و يحتمل الفرق بين العيب السابق و المتجدّد، لتزلزل العقد فى الأوّل دون الثانى.

و يحتمل الفرق بين البالغة الرشيدة و غيرها لما أنّ لها الشهوة و الكمال، و له الاعتراض عليها ابتداء لا استدامة، و لذا له الاعتراض عليها إن أرادت التزويج بعبد، و ليس له فسخ نكاحها إن كانت أمة فأعتقت.

و إذا «۱» اختار الولىّ الإمضاء لم يسقط خيار المولّى عليه بعد كماله فى الفسخ لكون الخيار له، فإذا صار أهلا له ثبت له لعموم أدلّته.

[الفصل الثالث فى التدليس]

اشارة

الفصل الثالث فى التدليس بالسلامة من العيوب، أو بالكمال المشروط فى العقد، لكن لا حكم للتدليس بالسلامة إلّا ما علم من أحكام العيوب، فاقتصر فى الفصل على ذكر أحكام التدليس بالكمال.

و يتحقّق بإخبار الزوجة أو وليّها أو وليّ الزوج و لعلّه لم يذكر الزوج، لأنّه إن كان التدليس بالصحة لم يظهر لتدليسه أثر، فإنّ الفسخ يثبت لها بالعيب و لا رجوع لها على أحد بالغرور.

و إن كان بالكمال فالمقطوع به من التدليس هو التدليس بالحرّيّة، و المقطوع بظهور أثره إنّما هو تدليس المولى، فإنّه إن نكح بغير إذنه أو إجازته فى خصوص العقد المشتمل على اشتراط الحرّيّة احتمل البطلان من أصله، فلا فسخ للتدليس.

و أمّا التدليس بالنسب أو الحرفة أو البياض أو الجمال و نحوها فلا قطع بثبوت الخيار به، و الوليّ شامل للوكيل لأنّه عاقد «٢».

أو السفير بينهما من غير وكالة على إشكال من كونه أجنبيّا عن

---

(١) فى قواعد الأحكام: لو.

(٢) فى المطبوع: بدل «لأنّه عاقد»: و العاقد.

العقد و المتعاقدين، فالتفريط ممّن قبل قوله، و من حصول الغرور بإخباره، و هو التدليس بالصحة من العيوب أو الكمالية فى صفة أو صفات يشترطانها عقيب الاستعلام أو بدونه و إن كان عقيب الاستعلام أظهر.

و المراد بالأخبار ما يعمّه على سبيل الاشتراط و غيره لما سيظهر، و أطلق هنا تعويلا على ما سيظهر.

و هل يتحقّق التدليس لو زوّجت نفسها أو زوّجها الوليّ مطلقا؟ إشكال من عدم الإخبار، و من انصراف الإطلاق إلى السالم الكامل، و إطلاق قوله عليه السّلام فى خبر رفاعة: و إنّ المهر على الذى زوّجها، و إنّما صار المهر عليه لأنّه دلّسها «١». و هو عندى ضعيف مخالف للأصول، خصوصا فى الكمال، و لا سيّما فى النسب و نحوه. و لو فرّق بين ما يعلم عادة عدم الرغبة فى النكاح معه من عيب أو نقص مطلقا أو بالنظر إلى حال الزوج و خلافه كان حسنا، و مثله الكلام فيما لو زوّج نفسه أو زوّجه الوليّ مطلقا.

و لا يتحقّق التدليس بالإخبار بأحدهما لا للتزويج فإنّه يتسامح فيه بما لا يتسامح به فى العقد، خصوصا مع العلم بأحكام التدليس، و لأنّ العبرة بالتدليس فى النكاح، و ليس منه فى شي‏ء.

أو بالأخبار له أى التزويج لغير الزوج أو وليّه، فإنّه ليس من التدليس عليه فى شي‏ء، و إذا عرفت حقيقة التدليس فاسمع أحكامه.

فلو شرط الحرّيّة فى العقد «٢» فظهرت أمة صحّ العقد إن كان بإذن المولى «٣» أو إجازته و كان الزوج ممّن يجوز له نكاح الأمة للأصل بلا معارض، خلافا للشيخ فى الخلاف «٤» و المبسوط «٥» و على الصحّة فله الفسخ قطعا، فإنّ

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ٥٩٦ ب ٢ من أبواب العيوب و التدليس ح ٢.

(٢) فى المطبوع زيادة: قبله لا فى متنه كما ظنّ فإنّه يبطله.

(٣) فى المطبوع بدل «المولى»: الوليّ.

(٤) الخلاف: ج ٤ ص ٣٥٢ المسألة ١٣٢.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٢٥٤.

ذلك فائدة الاشتراط و إن دخل بها، فإنّ التصرّف لا يسقط خيار الشرط.

فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء عليه، لأنّه بسبب منها. و إن فسخ بعده كان عليه المسمّى فى قول و مهر المثل فى آخر كما عرفت سابقا للمولى لأنّه من كسب أمته، و قيل فى المقنع «۱» و النهاية «۲» و غيرهما كما عرفت: عليه العشر إن كانت بكرا أو نصفه إن كانت ثيّبا لما سمعت من صحيح الوليد بن صبيح «۳». و يرجع بما غرمه من المهر و قيمة الولد و النفقة إن كان النكاح فاسدا قطعا، و إلّا ففى وجه على المدلّس فإن كان المدلّس هى أى إيّاها من وضع المرفوع موضع المنصوب تبعت بعد العتق لتعلّقه بذمّتها. و لو كان قد دفعه إليها كلّا أو بعضا استعاد منها ما وجده و تبعها بما بقى مع ما غرمه للمولى.

و لو كان المدلّس مولاها، فإن تلفّظ بما يقتضى العتق إنشاء أو إخبارا حكم عليه بحرّيّتها و صحّ العقد أى لزم إن كان بإذنها أو إجازتها و كان المهر للأمة، و إلّا كأن قال: زوّجتكها بشرط كونها حرّة، أو على أن تكون حرّة، أو قدّم الزوج القبول و تلفّظ بالشرط «۴» و لم يتلفّظ المولى به، بل اقتصر على نحو زوّجتكها فهى على الرقّ خلافا لظاهر المبسوط «۵». و لا شيء له لتدليسه و لا لها لأنّها أمة على الزوج إذا فسخ. و إن كان بعد الدخول كذا أطلق معظم الأصحاب، لعموم أدلّة الرجوع على المدلّس.

و الأقرب وجوب أقلّ ما يصلح أن يكون مهرا للمولى لأنّ البضع ممّا له عوض، و لم يبحه المولى له مجّانا، و على ما عرفته من قول أبى على: له مهر مثلها «۶».

---

(۱) المقنع: ص ۱۰۴.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۳۴۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۷۷ ب ۶۷ من أبواب نكاح العبيد ح ۱.

(۴) العبارة فى ن: أو قدّم الزوج الشرط.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۴.

(۶) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۲۰۶.

و لو كان [قد] دفعه إليها و تلف، احتمل تضمين السيّد تمامه، أو ما عدا مهر المثل، أو أقلّ ما يتموّل لغروره، و ضعف المباشرة للإتلاف، لكون المباشر أمة، فالتسبيب من المولى أقوى.

و احتمل الرجوع فى كسبها إن كانت كاسبة، جمعا بين قضيّتى الغرور و المباشرة، و إن لم تكن كاسبة احتمل الرجوع عليه و عليها بعد العتق.

و احتمل التبعيّة بعد العتق و إن كانت كاسبة، لأنّها المباشرة للإتلاف، و عدم استلزام تزويج المولى لها الإذن فى قبض المهر، أمّا لو صرّح بالإذن فى القبض فلا إشكال فى تضمينه، و إن دلّسها أجنبيّ رجع عليه بما غرمه، و إن دفعه إليها فأتلفته رجع عليه بعوض المهرين إن حكمنا بالرجوع على السيد إن كان المدلّس.

و لو لم يشترط الحرّيّة فى العقد بل تزوّجها على أنّها حرّة بالإخبار به قبل العقد فظهرت أمة فكما تقدّم من شرط الحرّيّة فى الخيار و الرجوع، لحصول التدليس عرفا، و عموم الخبر، خلافا للمبسوط «۱» للأصل، و الاحتياط، و منع عموم الخبر، للنصّ فيه على التدليس، و الكلام فى أنّه لا تدليس إلّا مع الشرط.

و لو تزوّج بها لا على ادعائها أنّها حرّة و لا شرطها أى و لم يشترط عليها الحرّيّة على أن يكون شرطا ماضيا، أو و لا على اشتراطها أى الحرّيّة. ثمّ الظاهر أنّه بمعنى شرطها فى العقد و ما قبله بمعنى الإخبار بلا شرط، و الأولى حينئذ تقديمه عليه،

فالأولى أن يفسّر الأوّل بالإخبار «٢» بالحرّيّة فى العقد أو قبله، و الثانى باشتراطه فيه أو قبله من غير أن يتضمّن الإخبار.

و بالجملة إذا تزوّجها مطلقا و إن زعم أنّها حرّة فلا خيار له إذا بانت أمة،

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ۲۵۴.

(٢) العبارة فى ن: فالأولى أن التفسير الأوّل بوصفها.

للأصل، و الاحتياط، و تعليقه فى النصّ و الفتوى على التدليس، و هو منتف، و تقدّم استشكاله فيه آنفا.

نعم إن كان ممّن لا يجوز له نكاح الأمة و ظهر بطلانه، فمع الدخول يرجع بما غرمه على من غرّه مولاها أو غيره، و إن كانت هى الغارّة تبعت به بعد العتق.

و يحتمل عدم الرجوع لانتفاء الغرور، إلّا إذا علم بكونه ممّن لا يحلّ له الأمة، لأنّ وجوب الفحص عن حال الزوج و حلّية الأمة له و عدمها على المزوّج غير معلوم، و إنّما التقصير مستند إلى الزوج، كما لو زاوج رجل بين من ظهر كونهما محرمين، و إن وقع التزويج بغير إذن المولى فالغرور معلوم، و الرجوع يتبعه.

و يثبت الخيار بالتدليس مع رقّيّة بعضها قطعا و لكن إنّما يرجع على الغارّ بنصيبه أى نصيب البعض الذى هو رقّ من المهر و النفقة و قيمة الولد خاصّة لا بكلّه، فإنّ التدليس إنّما وقع بالنسبة إلى ذلك البعض لصدق الخبر بالحرّيّة بالنسبة إلى الباقى مع الأصل و الاحتياط.

و يحتمل قويّا الرجوع بالكلّ، إلّا ما استثنى من أقلّ المهر، أو مهر المثل إن رجع عليها، لأنّ الرجوع لا به لم يسلّم له ما يريده من النكاح.

و على الأوّل فإن كانت هى المدلّسة رجع عليها بنصفه أى نصف نصيب الرقّية معجّلا لحرّيّة نصفها، و إن كان الرجوع لرقّيّة النصف الآخر و تبعت بالباقى مع عتقها أجمع لرقّيّة النصف الآخر.

و لو تزوّجته على أنّه حرّ بوصفه بالحرّيّة فبان عبدا فلها الفسخ و إن كان بعد الدخول عملا بمقتضى الشرط و الخبر، و لصحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر عليه السّلام عن امرأة حرّة تزوّجت مملوكا على أنّه حرّ فعلمت أنّه مملوك، قال: هى أملك بنفسها إن شائت أقرّت معه، و إن شاءت فلا «١». [و يأتى على ما مرّ من المبسوط العدم لما مرّ، فيختصّ الخبر بالشرط] «٢». و لها المهر بعده لأنّ

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶٠۵ ب ١١ من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

(٢) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

الوطء الصحيح لا يخلو عن المهر، فإن كان هو المدلّس تبع به بعد العتق لا قبله لأنّه فسخ منها. و قال الباقر عليه السّلام فى هذا الخبر: فإن كان دخل بها فلها الصداق، و إن لم يكن دخل بها فليس لها شىء. و إن كان النكاح بدون إذن المولى و إجازته بطل، و لها المهر أيضا بعد الدخول، إمّا المسمّى أو مهر المثل.

و كذا لو شرطت الحرّيّة بأحد ما عرفت من المعانى «١» [فقالت: إنّما أزوّجك نفسى بشرط كونك حرّا فسكت أو قال: نعم، فقالت: زوّجتك نفسى فقبل] «٢» و لا كذلك إن انتفى الأمران إلّا على أحد وجهى الإشكال.

و لو ظهر بعضه مملوكا فكـذلك لها الخيار لما عرفت، و إن كان هو المـدلّس أخـذت منه معجّلا من المهر بنصب الحرّيّة و يتبع بالباقى إذا تحرّر كلّه، و إن كان المولى يوزّع المهر عليهما لنصـيبى الحرّيّة و الرقّيّة و إن لم نقل بلزوم المهر على المولى، و كذا إن كان أجنبيّا، هذا كلّه مع حرّيتها و إلّا كان الفسخ للمولى.

و لو ظهر الزوج معتقـا أى إنه كـان حين النكـاح معتقـا، أو ظهر الرقّ معتقـا أى ظهر حين أعتق أنّه كـان حين النكاح مملوكا فلا خيار أمّا على الأوّل فظاهر، و أمّا على الثانى فلزوال سبب الخيار مع احتماله، لظهور خلاف الشرط.

و لو تزوّجها على أنّها بنت مهيرة فخرجت بنت أمـة قيل فى المقنعة «٣» و النهاية «۴» و المهذّب «۵» و الوسيلة «۶» و السرائر «٧» و غيرها: كان له الفسخ، و الوجه وفاقا للمحقّق «٨» ذلك مع الشرط فى العقد، لأنّ:

المؤمنين عند شروطهم «٩» لا مع الإطلاق فى العقد و إن شرط قبله للأصل و الاحتياط، و عليه يحمل إطلاقهم.

---

(١) هذه العبارة لم ترد فى المطبوع.

(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ن.

(٣) المقنعة: ص ۵١٩.

(۴) النهاية: ج ٢ ص ٣۵٧.

(۵) المهذّب: ج ٢ ص ٢٣٧.

(۶) الوسيلة: ص ٣١١.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ۶١۴.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٢٢.

(٩) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣٧١ ح ١۵٠٣.

و لا مهر قبل الـدخول لأنّ الفسخ بسبب منها و بعده يرجع به على المدلّس، أبا كان أو غيره. و لو كانت هى المدلّسة رجع عليها بمـا دفعه إليهـا منه إلّـا بأقلّ ما يمكن أن يكون مهرا، و لو خرجت بنت معتقـة فإشكال من دخولها فى المهيرة عرفا مع الأصل و الاحتياط.

و من تبـادر الحرّة بالأصالـة، و هـو ضـعيف. و الأـولى أن يحمـل على ظهـور أنّهـا كـانت أمّهـا أمه حين ولـدت ثـمّ أعتقت، فـإنّ الإشكال فيها أظهر، من صدق أنّها الآن مهيرة.

و من أنّها حين ولدت منها لم تكن بنت مهيرة. و الظاهر أنّ العبرة بذلك حين الولادة.

و لا إشـكال فى أنّه لو أدخل بنته من الأمـة على من زوّجه بنت مهيرة فرّق بينهما، و لها مهر المثل إن وطأها و هى جاهلة و يرجع به على السابق إن جهل الحال و يدخل على زوجته و عن محمد بن مسلم فى الحسن سأل الباقر عليه السّلام عن رجل خطب إلى رجل بنتا له من مهيرة فلما كانت ليلـة دخولها على زوجها ادخل عليه بنتا له من أمة، قال: تردّ على أبيها و تردّ إليه امرأته و يكون مهرها على أبيها «١». و الضمير فى مهرها للبنت من الأمة.

و كـذا كـلّ من أدخـل عليه غير زوجته فظنّهـا زوجته فوطأهـا فرق بينهما و رجع بالمهر على من دلس عليه سواء كانت أعلى من زوجته أو أدون أو مساوية.

و لو دخل بها مع العلم بأنّها غير زوجته لم يرجع بالمهر على أحد لعدم التدليس.

و لو شرط البكارة فظهرت ثيّبا فإن ثبت سبق الثيوبة على العقد فالأقرب أنّ له الفسخ عملا بقضية الشرط، خلافا لظاهر الأكثر و صريح بعض بناء على الأصل و الاحتياط، و أنّ الثيوبة ليست من العيوب. و يدفع

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۳ ب ۸ من أبواب العيوب و التدليس ح ۲.

إليها المهر المسمّى إن دخل بها و يرجع به على من دلّسها، فإن كانت هى المدلّسة رجع عليها إلّا بأقلّ ما يمكن أن يكون مهرا و إلّا بمهر مثلها و إن لم يثبت سبق الثيوبة فلا فسخ لاحتمال تجدّده بسبب خفيّ من علّة أو نزوة أو نحوهما.

و قيل فى النهاية «۱» و الوسيلة «۲»: إذا تزوّجها على أنّها بكر، فظهرت ثيبا، لم يكن له الفسخ، و لكن له نقص شىء من مهرها للتدليس، و لخبر محمّد بن جزك كتب إلى الهادى عليه السّلام: رجل تزوّج جارية بكرا، فوجدها ثيّبا، هل يجب لها الصداق وافيا أم ينقص؟ قال: ينقص «۳».

و اختلف فى الشىء، فقدره الراوندى بالسدس لتفسيره به فى الوصيّة «۴» و ضعفه ظاهر، لخلوّ لفظ الخبر عنه، و لو سلّم فالحمل على الوصيّة ممنوع. و المحقّق فى النكت برأى الحاكم «۵» لأنّه شأن كلّ ما لا تقدير له شرعا و فى الشرائع «۶» بما فى الكتاب و السرائر «۷» و التحرير «۸» و الإرشاد «۹» و التلخيص «۱۰» من أنّه هو قدر ما بين مهر البكر من أمثالها و الثيّب عادة لأنّه الذى فوّته عليه المدلّس، ثمّ الظاهر أنّ النقص إنّما يثبت إذا ثبت سبق الثيوبة، و لكن كلام النكت صريح فى العموم، و لم ينقص الحلبى «۱۱» من مهرها شيئا للأصل.

و لو تزوّج متعة فبانت كتابيّة على المختار من جواز التمتّع بالكتابيّة أو دواما على رأى من سوّغه بها فلا فسخ إن لم يشترط الإسلام

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۶۰.

(۲) الوسيلة: ص ۳۱۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۰۵ ب ۱۰ من أبواب العيوب و التدليس ح ۲.

(۴) حكاه عنه المحقق فى النكت، هامش النهاية: ۲: ۳۶۱.

(۵) النكت بهامش النهاية: ج ۲ ص ۳۶۲.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۲.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۶۱۵.

(۸) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۰ س الأخير.

(۹) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۳۰.

(۱۰) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ۳۸ ص ۴۸۲.

(۱۱) الكافى فى الفقه: ص ۲۹۶.

إلّا أن يطلّق فى الدوام أو يهب المدّة فى المتعة، و الاستثناء متصل إن حمل الفسخ على معناه اللغوى، و إلّا فمنقطع، و الحكم ممّا لا شبهة فيه للأصل، و الاحتياط، و أنّ الكفر ليس من العيوب المخيّرة. و لا يسقط من المهر شىء للأصل و الاحتياط، و عدم

النقصان فيما يتعلّق بالاستمتاع.

و لو شرط الإسلام فله الفسخ لقضيّة الشرط، و رجع بالمهر على المدلّس.

و لو تزوّج رجلان بامرأتين و أدخلت امرأة كلّ من الزوجين على صاحبه فوطأها، فلها المسمّى على زوجها مطلقا و مهر المثل على واطئها إن جهلت بالحال. و تردّ كلّ منهما على زوجها، و لا يجوز له أن يطأها إلّا بعد العدّة إلّا أن يكون الوطء زنا منهما.

و لو ماتتا و لو فى العدّة، أو مات الزوجان، ورث كلّ منهما زوجته فى الأوّل و بالعكس فى الثانى، و الكلّ مع وضوحه منصوص عليه فى مرسلة جميل بن صالح عن الصادق عليه السّلام فى أختين أهديتا إلى أخوين فى ليلة فأدخلت امرأة هذا على هذا، و امرأة هذا على هذا، قال: لكلّ واحدة منهما الصداق بالغشيان، و إن كان وليّهما تعمّد ذلك اغرم الصداق، و لا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العدّة، فإن انقضت العدّة صارت كلّ واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأوّل. قيل له: فإن ماتتا قبل انقضاء العدّة؟ فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما و يرثانهما الرجلان، قيل: فإن مات الرجلان و هما فى العدّة، قال:

ترثانهما و لهما نصف المهر المسمّى لهما و عليهما العدّة بعد ما تفرغان من العدّة الأولى تعتدان عدّة المتوفّى عنها زوجها «١». و هى تتضمّن بتنصيف المهر بالموت قبل الدخول من أيّهما كان. و لم يقل به أحد إلّا الصدوق «٢» على ما حكى عنه، و لذا

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣٩۶ ب ۴٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢.

(٢) المقنع: ص ١٠۵.

عمل الشيخ فى النهاية «١» بجميع ما فيها إلّا فى تنصيف المهر لهما إذا مات الزوجان، فأثبت لهما تمام المسمّى.

و لو اشتبه على كلّ منهما زوجته بالأخرى قبل الدخول منع منه أى الدخول، كما هو شأن كلّ حلال مشتبه بالحرام و الزم الطلاق دفعا للحرج عن المرأة، و لقوله تعالى «فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ» «٢» و لا يضرّ الإجبار بوقوع الطلاق للضرورة. و يحتمل طلاق الحاكم أو فسخه أو تسلّط المرأتين على الفسخ، و انتفاء الجميع للأصل، و منع تعذّر الإمساك بالمعروف. و كذا الحكم فيما بعد الدخول، فالتخصيص بما قبله لما سنذكره من التنصيف. و يجوز أن يكون الدخول مرجّحا للزوجيّة كالقرعة، بل أولى إلّا أن يكون دخولا يعلم وقوعه لا للزوجيّة.

و إذا طلّق كلّ منهما فإمّا أن يطلّق كلّا من المرأتين أو يقول: زوجتى طالق و لا يحسب هذه الطلقة فى الثلاث فإن تزوّج بإحداهما بعد ذلك و طلّقها مرّتين أخريين لم تحرم عليه، لأنّ زوجيّتها حين الطلقة الأولى غير معلومة، و الأصل الحلّ و بقاء المحلّ لطلقة اخرى.

أمّا لو تزوّجهما معا و طلّقهما مرّتين معا و لو فى الطلقة الأخيرة فتحرمان عليه، لأنّ زوجيّة إحداهما و وقوع ثلاث طلقات بها مقطوع به لا على التعيين، فيجب الاجتناب لاختلاط الحلال بالحرام. و كذا إذا طلّقهما مرّتين متعاقبتين حرمتا بعد كمال الطلقتين لهما لذلك.

و يلزم كلّ منهما بنصف المهر فإن اتفق النصفان جنسا و قدرا و صفة أخذت كلّ منهما أحد النصفين، و إن اختلفا فيقسّم بينهما أحد النصفين بالسويّة إن تداعتاه مع تصادم الدعويين بأن حلفتا أو نكلتا، و يبقى النصف الآخر مجهول المالك، إلّا أن ترجع إحداهما إلى ادّعائه «٣» فلا يبعد سماعه منها

---

(١) النهاية: ج ٢ ص ٣٧٠.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) فى ن: إذعانه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٣٩٣

و إعطاؤها إيّاه و ارتجاع ما أخذته من النصف الأوّل و تسليمه إلى الأخرى.

أو يقرع فيه فكلّ نصف خرج على إحداهما أعطيت إيّاه، و تعطى الأخرى النصف الآخر لتعيّنه لها.

أو يوقف كلّ من النصفين حتى تصطلحا لتعذّر الوقوف على المستحقّ، و إن سكتتا و لم تتداعيا شيئا منهما. فإمّا القرعة أو الإيقاف إلى الصلح، و إن كان الاختلاف بين النصفين فى القدر خاصّة أعطيت كلّ منهما الأقل.

و بقى الكلام فى الزائد، و هو مثل أحد النصفين المختلفين، و قد مرّ للمسألة نظير فى تزويج الوليّين، و احتمال عدم ثبوت نصف المهر لوقوع الطلاق بالإجبار، و أولى به إن فسخ الحاكم أو المرأتان.

و تحرم على كلّ منهما أمّ كلّ واحدة منهما للاشتباه و لذا تحرم كلّ منهما على أب الزوج و ابنه، و الميراث كالمهر فى أنّهما ترثان من الزوجين، و يقتسمان أحد الميراثين بينهما بالسوية إن تداعتاه، أو يقرع، أو يوقف الى الصلح.

و يحتمل القرعة ابتداء فى تعيين الزوجة، فمن خرج اسمها فهى الزوجة، لكونها لكلّ مشكل، كما تقدّم فى عقد الوليّين.

و يثبت المسمّى فى كلّ وطء أى لكلّ وطء عن عقد صحيح و إن انفسخ بعيب سابق على الوطء أو العقد فإنّ العقد إذا صحّ وجب المسمّى، و إذا حصل الوطء فيه استقرّ و إن ظهر المخيّر للفسخ و حصل الفسخ منه أو منها و إن تقدّم المخيّر على الوطء بل العقد، فإنّه لا يوجب فساد العقد ليفسد المسمّى.

خلافا للمبسوط فأبطل المسمّى بالفسخ بعيب حدث قبل الدخول، قال: لأنّ الفسخ و إن كان فى الحال فإنّه مستند إلى حال حدوث العيب، فكأنّه مفسوخ قبل الدخول، و حصل الدخول فى نكاح مفسوخ فوجب مهر المثل «١» انتهى. و ضعفه ظاهر.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٥٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٣٩۴

و يثبت مهر المثل فى كلّ وطء عن عقد باطل فى أصله إن جهلت بالحرمة، أو كانت أمة على المختار لا المسمّى و هو ظاهر الأكثر إلّا فى الأمة المنكوحة بغير إذن المولى فى قول.

[فروع]

اشارة

فروع ستّة:

[الفرع الأول]

الأوّل: لو شرط فيها الاستيلاد أى عدم العقم فخرجت لا تلد بحيث يظنّ كونها عقيما فلا فسخ و إن شهدت القرائن العاديّة و

الطبّيّة بالعقم لإمكان تجدّد شرطه من الاستيلاد و لو فى الشيخوخة مع أنّه خلاف المعتاد، حتى أنّه لو وقع عدد من المعجزات و القرائن لا يوجب العلم بالعدم، فيخصّص الشيخوخة لئلّا يتوهّم التسلّط على الفسخ إذا شاخت لمضىّ زمان إمكان الحمل عادة، و يجوز أن يريد بها الطعن فى السنّ و إن لم تبلغ المعروف من الشيخوخة.

و عدم العلم بالعقم من دونه أى الاستيلاد، أى يجوز أن لا يكون انتفاء الحمل لعقمها، بل لمانع يطرأ عليها و إن لم تكن عقيما.

و جواز استناده أى العقم إليه أى الزوج و لو بالنسبة إليها، فلا ينفيه إيلاده غيرها.

و التحقيق أنّه إن شرط الولادة لم يصحّ، لأنّها من أفعال اللّه الحادثة بعد النكاح ليست باختيار أحد منهما و لا من صفاته الآن، و إن شرط انتفاء العقم أمكن صحّة الشرط، لأنّه من صفاتها و عيوبها، لكن لا يعلم بوجه، فلا يفيد اشتراط انتفائه، فإنّ انتفاء الولادة لا يدلّ على العقم لما ذكر، و كذا الكلام إذا شرطت عليه الاستيلاد.

[الفرع الثانى]

الثانى: كلّ شرط يشرطه أيّ منهما فى العقد، يثبت له الخيار مع فقده، سواء كان المشروط فيه منهما دون ما وصف أو أعلى على إشكال من عموم: «المؤمنون عند شروطهم» «۱» و جواز تعلّق غرض بالأدنى.

و من الأولويّة، و أنّ الخيار للتخلّص من النقص، و هما ممنوعان.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور ذيل الحديث ۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۳۹۵

نعم، لو تزوّجها متعة على المختار أو دواما على رأى بشرط أنّها كتابيّة فظهرت مسلمة فلا خيار لأنّ الكفر ليس من الشروط السائغة شرعا كشرط عدم العفاف.

و يحتمل الخيار لجواز تعلّق غرض بالكفر لضعف حقوقها بالنسبة إلى المؤمنة.

و فى الدوام إن جوّزنا نكاح الكتابيّة فهو كالمتعة، و إلّا ففى بطلان العقد و صحّته قولان، من إيقاعه على من يعتقد فساد العقد عليها و هو اختيار المبسوط «۱» و من وقوعه فى الواقع على المسلمة. و على الصحّة ففى ثبوت الخيار و عدمه ما عرفت، فالرأى يجوز أن يكون إشارة إلى رأى جواز نكاح الدوام بالكتابيّة، و إلى رأى البطلان إذا شرطت فيه فنفى الخيار البطلان من أصله.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو تزوّج العبد كلّا أو بعضا بامرأة على أنّها حرّة فظهرت أمة كلّا أو بعضا فكالحرّ فى ثبوت الخيار لوجود المقتضى، و لا يمنع التساوى فى الرقيّة. فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، و إن فسخ بعده ثبت المسمّى على المختار، أو مهر المثل على قول على سيّده، أو فى كسبه على الخلاف المتقدم. و يرجع به على المدلّس أو بالزائد على مهر المثل، أو أقلّ ما يتموّل و يكون للمولى قطعا، فإنّه لا يملك شيئا.

و أمّا لو أعتق قبل الفسخ فالأقرب أنّ الرجوع به للعبد لأنّ ما أعطاه المولى فقد تبرّع به عليه، و إنّما يرجع الفاسخ بما غرمه لنفسه إلّا أن يكون ممّن لا يملك شيئا و هو الآن حرّ، فهو كسائر مكاسبه بعد الحرّيّة، كما إذا زوّج الولى ابنه الصغير المعسر و غرم المهر ثمّ فسخ الابن بعد البلوغ و الدخول، فإنّه يرجع بالمهر لنفسه. و يحتمل الكون للمولى، لأنّه عوض عمّا دفعه، و هو لم يدخل فى ملك العبد ليملك عوضه، فإنّه لا يملك، و لتزلزل وجوب المهر عليه، فإذا انفسخ رجع إليه هو أو عوضه. و يندفعان

بأنّه و إن لم يملكه لكنّه إنّما يحمل عنه، و منع التزلزل.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢۵۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٣٩۶

ثمّ إن كـان الغـارّ هو الوكيل لها أو له رجع بالجميع و إن كانت الغارّة هى أو هى الغارّة فكـذلك يرجع بالجميع من غير اسـتثناء مهر المثل، أو أقلّ ما يتموّل، لأنّها لا تملك شيئا عوضا عن بعضها.

و تتبع به الزوجـة بعـد العتق لا ـ على سيّدها لأنّه ليس برجوع فى غير المهر، لأنّ المهر اسـتحقّه السـيد بوطء أمته و رجوعه إنّما يكون بمثل ما غرمه للمولى فى ذمّتها. و لو حصل الغرور منهما رجع بنصـفه على الوكيل حالا، و نصفه عليها تتبع به بعد العتق، و إن كان سيّدها رجع عليه بجملة ما أعطاه من المهر أو مع استثناء أقلّ ما يتموّل أو مهر المثل.

و لو أولـد كان الولـد رقّا لمولاه إن كان المـدلّس سيّدها أو أذن لها فى التزويـج مطلقا أو فى التزويـج به بخصوصه أو بأىّ عبد كـان، لأنّه على كـلّ من التقـادير أذن لها فى النكاح، و مولاه لم يأذن له فى نكاحها، فإنّه إنّما أذن فى نكاح الحرّة، و قـد مرّ أنّ الولد لمن لم يأذن من المولِيين و إن لم يأذن سيّدها و لا دلّس كان الولد بين المولِيين.

و استشكل من وجهين:

الأوّل: إنّ مولاه ربّما أذن له فى نكاحها بخصوصـها بشرط الحرّيّة أو لا بشرطها، فيدخل فى عموم مسألة كون الولد بين المولِيين إذا أذناه، و لا يفيـد التخصـيص اشتراط الحرّيّة بل الظاهر حينئذ، و إذا اذن فى إنكاح أيّة امرأة بشـرط الحرّيّة فى عموم مسألة أن يكون الولـد حرّا كمـا اختير فى المبسوط «١»، [و اقتصـر فى التحرير «٢» على نقله] «٣» و كـذا إذا أذن له فى النكـاح مطلقا، فإنّه دخل على أن يتزوّج بحرّة، و بالجملة فعدم الإذن من مولاه هنا لا جهة له.

و الثانى: أنّ مولاها إذا أذن لها فى نكاح أىّ عبد أو هذا العبد و هو يعلم أنّه عبد فلا جهة لحرمانه من ولدها.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢۵۶.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣٠ س ٢٢.

(٣) لا يوجد فى ن.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٣٩٧

و ينـدفعان بأنّ مولاها إذا أذن لها فى التزوّج بهـذا العبـد و هو يعلم أنّه اشترط عليها الحرّيّـة، أو بأىّ عبـد و إن اشترط الحرّيّة، أو أطلق فى الإذن و إن تزوّجت بحرّ أو بمن يشترط عليها الحرّية فقد دخل على الحرمان من الولد.

و كذا إذا دلّس عليه بحرّيتها بل هو و الآذن فى نكاحه بخصوصه مع العلم باشتراطه الحرّية بمنزلة التصريح بالحرمان من الولد، و أمّا مولاه فقد أذن له فى نكاحها خصوصا أو عموما. فكما إذا أطلق الإذن فتزوّج بحرّة كان الولد حرّا، و إن تزوّج بأمة كان رقّا و إن دخل المولى بالإطلاق فى الإذن على حرّيّة الولد، فكذا هنا يحكم برقّيّة الولد و إن كان للعبد اشتراط الحرّيّة.

و أمّا إذا نصّ المولى على اشتراط الحرّيّـة فيحكم أيضا بالرقّيّة، لظهور أنّها لم تكن حرّة، و ولد الرقيقين ليس إلّا من نمائهما، فلا يكون إلّـا رقيقـا، و لا يتحرّر إلّا بتحرير المولى، و لا يكفى اشتراط الحرّيّـة فى التحرير، و الفرق بينه و بين مولاها إمّا التـدليس أو علم مولاها برقّيّة الزوجين مع تبرّئه من ولدهما، فيستلزم التبرّع به على مولاه.

[الفرع الرابع]

الرابع: لو غرّته المكاتبة بالحرّيّة فإن اختار الإمساك فلها لا لسيّدها المهر، و إن اختار الفسخ فلا مهر إن كان قبل الدخول و بعده، إن كان قد دفعه رجع بجميعه على ظاهر المشهور أو به، إلّا أقلّ ما يمكن أن يكون مهرا على المختار أو إلّا مهر المثل على القول الآخر.

و إن لم يدفع فلا شيء على ظاهر المشهور أو يجب الأقلّ أو مهر المثل على الآخرين، و ليست كالقنّ فى عدم الرجوع بما دفعه، أو وجوب دفع الجميع إلى المولى ثمّ الرجوع عليها يتبع به بعد العتق، إذ المهر هنا لها لا للمولى.

و لو غرّه الوكيل كان سيّدها أو غيره رجع عليه بالجميع، و لو أتت بولد فهو حرّ إن كان الزوج حرّا لأنّه دخل على نكاحها على ذلك فلا يرقّ ولده لمولاها إن كان بدون إذنه، لأنّه ظنّها حرّة. و لكن يغرم قيمته يوم سقط حيّا.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌7، ص: 398

و تتبع القيمة فى الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتبة لأنّ أرش الجناية قيمة لبعض المجنيّ عليه، فإن كان المستحقّ له المولى كان هو المستحقّ للقيمة، و إن كان هو الغارّ لم يغرم من القيمة شيئا، و إن كانت الأمّ هى المستحقّة «1» للقيمة، فإن كانت هى الغارّة لم يغرم شيئا، و إن كان الغارّ غير المستحقّ غرم له القيمة، و رجع بها على الغارّ.

و لو ضربها أجنبيّ فألقته أى الولد لزمه دية جنين حرّ لأبيه لانعقاده حرّا، و ليس للامّ من الدية شيء، لأنّها أمة لا ترث.

فإن كان هو الضارب فللأقرب إليه أى إلى الولد من ورثته دونه أى الأب الدية، لأنّه قاتل فلا يرث و إلّا يكن له قريب دونه فللإمام، و على المغرور و هو الأب على التقديرين للسيد عشر قيمة أمّه إن قلنا:

إنّ الأرش له و إن قلنا: إنّه للامّ، فلها.

و وجه وجوبه عليه: أنّ الولد مضمون، و لذا يجب على الجانى ديته للأب، فكما يضمن له فكذا يضمن للسيّد. و فى المبسوط «2» و التحرير «3»: إنّه لا ضمان للسيّد، فإنّه إنّما يجب له قيمته يوم يسقط حيّا، و لا قيمة للميّت، و على الضمان فإن زادت الدية على عشر قيمة الأمّ أو ساوته فلا- إشكال، و إن نقصت عنه ففى وجوب العشر كاملا- أو أقلّ الأمرين منهما وجهان، أقواهما، الثانى، و أظهرهما من العبارة الأوّل.

[الفرع الخامس]

الخامس: لا يرجع المغرور بالغرامة على الغارّ فى مسألة المكاتبة و غيرها إلّا بعد أن يغرم القيمة أو المهر للسيّد أو الزوجة لأنّه إنّما دلّ الدليل من النصّ و الإجماع على أنّه يرجع عليه بما غرمه فينتفى بانتفائه للأصل، و لأنّ المسبّب لا يتقدّم السبب، و لأنّ المرجوع به عوض عمّا يغرمه.

---

(1) فى ن زيادة: كانت هى المستحقّة.

(2) المبسوط: ج 4 ص 257.

(3) تحرير الأحكام: ج 2 ص 30 س 25.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌7، ص: 399

و كذا لو رجع الشاهدان بإتلاف مال أو جناية بعد الحكم بضمان المشهود عليه لم يرجع المحكوم عليه بالضمان عليهما إلّا بعد

الغرم، و كـذا الضامن الـذى له الرجوع على المضـمون عنه إنّما يرجع عليه بعـد الدفع و للمغرور مطلقا مطالبة الغارّ بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيّد أو غيرهما، فإنّه ليس من الرجوع عليه و المطالبة ممّا ألزمه عليه الغارّ، و فى دفعها عن نفسه غرض صحيح، فله مطـالبته برفعهـا عنه بـإبراء أو غرامـة. كمـا أنّ الضـامن بـإذن المضـمون عنه له أن يطالب المضـمون عنه بالتخليص على أحد القولين، و يقدّم النفى منه فى الضمان.

[الفرع السادس]

السادس: لو انتسب إلى قبيلة، فبان من غيرها: أعلى أو أدون من غير شرط فالأقرب وفاقا للمبسوط «١» و السرائر «٢» و الشرائع «٣» أنّه لا فسخ للأصل و الاحتياط، و حصول الكفاءة و كذا المرأة لذلك.

نعم، لو شـرط أحدهما فى العقد على الآخر نسبا فظهر من غيره، كان له الفسخ بمخالفة الشرط [وفاقا لابن إدريس «۴» كما مضى عملا بمقتضى الشرط] «۵». و لمضمر الحلبى فى رجل تزوّج امرأة فيقول: أنا من بنى فلان فلا يكون كذلك، قال: يفسخ النكاح، أو قال: يردّ «۶» و ظاهر أبى على «۷» و النهاية «۸» و الخلاف «۹» و الوسيلة «١٠» الاختيار و إن لم يشرط فى العقد، و لعلّه المراد. و ظاهر «١١» الشرائع العدم مطلقا «١٢».

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ١٨٩.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ۶١١.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٠.

(۴) السرائر: ج ٢ ص ۶١٢.

(۵) ما بين المعقوفين ليس فى ن.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١۴ ب ١۶ من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

(۷) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ١٩٩.

(٨) النهاية: ج ٢ ص ٣٧٢.

(٩) الخلاف: ج ۴ ص ٢٨۶ المسألة ۵۴.

(١٠) الوسيلة: ص ٣١١- ٣١٢.

(١١) فى ن: المبسوط و الشرائع.

(١٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٠.

و فى المختلف: إذا انتسب إلى قبيلـة فبـان أدنى منها بحيث لا يلائم شـرف المرأة كان لها الخيار، لما فيه من الغضاضـة و الضـرر «١». للخبر، [و نحوه المبسوط «٢» و سـمعت عبارته فيما مضى، و فيه التصريح أيضا بأنّها إن انتسبت فظهر نسبها أعلى أو فى طبقة الزوج فلا خيار، و إن كان أدون ممّا انتسب إليه و من طبقته فعلى القولين] «٣».

و كذا الكلام لو شـرط بياضا أو سوادا أو جمالا أو أضدادها أو غير ذلك من طول أو قصـر أو [صنعة] «۴» أو نحوها فى نفسه أو فيها فظهر الخلاف فالأقرب أنّه إن لم يشترط فى العقد لم يثبت الخيار، و إلّا ثبت للشرط.

و فحوى خـبر الحلبى «۵» و خبر حمّـاد بن عيسـى عن جعفر عن أبيه: أنّه خطب رجـل إلى قوم فقـالوا: مـا تجارتـك؟ فقال: أبيع

الدّواب فزوّجوه، فإذا هو يبيع السنانير، فمضوا إلى عليّ عليه السّلام فأجاز نكاحه، و قال: إنّ السنانير دواب «۶».

[المقصد الثانی فی المهر و فیه فصول]

اشارة

المقصد الثانی فی المهر و فیه فصول خمسة:

[الفصل الأول فی المهر]

الأوّل فی المهر الصحیح و هو کلّ مملوک یصحّ نقله عن مالکه عینا کان أو دینا، و المراد بالعین ما یعمّهما کما سیصرّح به أو منفعة و سیأتی التحدید قلّة بأن لا یقصر عن التقویم، فلا بد من اعتباره هنا.

و إن کانت منفعة حرّ زوجا کان أو غیره کتعلیم صنعة أو سورة أو أقلّ، کما نصّ علیه فی صحیح محمّد بن مسلم فی امرأة جاءت إلى النبیّ صلّى اللّه علیه و آله

---

(۱) مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۱۹۸.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۱۹۱.

(۳) ما بین المعقوفین لیس فی ن.

(۴) لم یرد فی ن.

(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۶۱۴ ب ۱۶ من أبواب العیوب و التدلیس ح ۱.

(۶) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۶۱۵ ب ۱۶ من أبواب العیوب و التدلیس ح ۲.

فخطبها رجل فزوّجها به على ما معه من القرآن «۱». أو عمل محلّل و لا خلاف فی جمیع ذلک، لحصول التراضی مع الأصل، و نطق الأخبار بأنّه ما تراضیا علیه «۲». أو کانت إجارة الزوج نفسه مدّة معیّنة أو على عمل معیّن أی منفعته المستفادة من الإجارة، و لعلّه روعی ظاهر لفظ: «على أن تأجرنی ثمانی حجج» «۳» على رأی وفاقا للأکثر و منهم الشیخ فی المبسوط «۴» للأصل و العموم و التراضی، خلافا للنهایة «۵» و جماعة، لحسن البزنطی عن الرضا علیه السّلام: فی الرجل یتزوّج المرأة و یشترط لأبیها إجارة شهرین، فقال: إن موسى علیه السّلام علم أنّه سیتمّ له شرطه فکیف له هذا بأن یعلم أنّه سیبقى حتى یفی؟! «۶». و لیس نصّا فی البطلان، و لو عمل به أدّى إلى فساد الإصداق بنحو تعلیم سورة أو صنعة أو إجارة غیره لاشتراک العلّة. و العین یکون مهرا سواء کانت معیّنة أو مضمونة للأصل و العموم، و الأولویّة من المنفعة.

و لو عقد الذمّیان أو غیرهما من أصناف الکفّار على خمر أو خنزیر صحّ العقد مع الإصداق، لأنّهما یملکانهما، و قد مرّ صحّة عقد الکفّار إذا صحّ عندهم.

فإن أسلم أحدهما بعد الدفع برئ الزوج خلافا لبعض العامّة «۷».

و إن أسلم قبله یجب القیمة عند مستحلّیه کما تقدّم، لأنّه لمّا تعذّر تسلیمه انتقل إلى أقرب شیء إلیه و هو القیمة، و للأخبار «۸»

و قد تقدّمت.

و قيل: عليه مهر المثل «٩» و قد مضى مع دليله، و لبعض العامة قول بأنّها لا مهر

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣ ب ٢ من أبواب المهور ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١ ب ١ من أبواب المهور.

(٣) القصص: ٢٧.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ٢٧٣.

(۵) النهاية: ج ٢ ص ٣٢٠.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣ ب ٢٢ من أبواب المهور ح ١.

(٧) انظر المدونة الكبرى: ج ٢ ص ٢٩٧.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴ ب ٣ من أبواب المهور.

(٩) انظر جامع المقاصد: ج ١٣ ص ٣٣٧.

لها، لأنّها رضيت بما يتعذّر قبضه و تملّكه، فكأنّها رضيت بلا مهر «١» سواء عندنا الخمر أو الخنزير كان معيّنا أو مضمونا لعموم الأدلّة، خلافا لبعض العامّة، فأسقط المهر إن كان معيّنا «٢».

و لا يتقدّر المهر قلّة اتفاقا، و للأصل و عموم الأخبار، و قال الرضا عليه السّلام:

و قد كان الرجل على عهد رسول اللّه يتزوّج المرأة على السورة من القرآن و على الدرهم و على الحنطة، القبضة «٣».

و لا كثرة على رأى وفاقا للأكثر للأصل، و عموم الأدلّة، و منها قوله تعالى «وَ آتَيْتُمْ إِحْدٰاهُنَّ قِنْطٰاراً» «۴» و لقول الرضا عليه السّلام فى صحيح الوشاء: لو أنّ رجلا تزوّج امرأة و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، و الذى جعله لأبيها فاسدا «۵». و ما روى أنّ الحسن بن على عليه السّلام أصدق امرأة مائة جارية مع كلّ جارية ألف درهم «۶».

و خلافا للانتصار «٧» و الهداية «٨» ففيهما لا يزاد على خمسمائة درهم، فإن زاد ردّ إليها، و ربّما يظهر من الفقيه «٩» للإجماع، و انتفاء الدليل على الزائد، و هما ممنوعان، مع أنّ المفتقر إلى الدليل إنّما هو التقدير.

و خبر المفضّل بن عمر سأل الصادق عليه السّلام عن المهر الذى لا يجوز للمؤمن أن يجوزه، فقال: السنّة المحمّدية خمسمائة درهم، فمن زاد على ذلك ردّ على السنّة، و لا شيء عليه أكثر من الخمسمائة درهم «١٠». و هو مع الضعف يحمل على استحباب الاقتصار عليها، و استحباب عفوها عمّا زاد.

(١) المغنى: ج ٧ ص ۵۵٩.

(٢) المغنى: ج ٧ ص ۵۶٠.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣ ب ٢٢ من أبواب المهور ذيل الحديث ١.

(۴) النساء: ٢٠.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٩ ب ٩ من أبواب المهور ح ١.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٩ ب ٩ من أبواب المهور ح ٣.

(۷) الانتصار: ص ۱۲۴.

(۸) الهداية: ص ۶۸.

(۹) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۳۹۹ ذيل الحديث ۴۴۰۱.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۷ ب ۸ من أبواب المهور ح ۱۴.

و خبر محمّد بن إسحاق قال: قال أبو جعفر عليه السّلام: أ تدرى من أين صار مهور النساء أربعة آلاف درهم؟ قلت: لا، قال: إنّ أمّ حبيبة بنت أبى سفيان كانت فى الحبشة فخطبها النبى صلى اللّه عليه و آله فساق عنه النجاشى أربعة آلاف درهم فمن ثمّ هؤلاء يأخذون به، فأمّا الأصل فاثنا عشر أوقية و نش «۱»، و هو أيضا مع الضعف لا دلالة له على المطلوب، و الأولى مع ذلك الاقتصار على الخمسمائة تأسّيا بهم صلوات اللّه عليهم.

و إن أرادت الزيادة نحلت من غير المهر كما فعله الجواد عليه السّلام بابنة المأمون، قال: و بذلت لها من الصداق ما بذله رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لأزواجه، و هو اثنا عشر أوقية و نشّ على تمام الخمسمائة و قد نحلتها من مالى مائة ألف درهم «۲».

و إنّما لا يتقدّر قلّة ما لم يقصر عن التقوّم كحبّة حنطة فلا أقلّ من أقلّ ما يتموّل.

و ليس ذكره شرطا فى صحّة العقد بالإجماع و النصّ من الكتاب «۳» و السنّة «۴»، و السرّ فى أنّه ليس معاوضة. فلو أخلّ به أو شرط عدمه فى الحال أو مطلقا صحّ العقد. و إن شرط العدم قبل الدخول و بعده ففيه قولان:

الفساد لمنافاته مقتضى العقد، فإمّا أن يفسد العقد أيضا أو الشرط خاصة. و الصحّة، لأنّ نفيه مطلقا بمعناه، و فيه الفرق بين العامّ و التنصيص، فإنّ العامّ يقبل التخصيص، و إذا خلا العقد عن المهر شرط عدمه أم لا.

فإن دخل فلها مهر المثل لأنّ البضع لا يخلو عن العوض إذا لم يكن بغيّا، و للأخبار «۵» و الإجماع، إلّا أن يفرضا المهر قبل الدخول فيتعيّن بالفرض.

و إنّما يفيد ذكره فى العقد مع الدخول التعيين و التقدير يعنى أنّه

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۷ ب ۲ من أبواب المهور ح ۶.

(۲) مكارم الأخلاق: ص ۲۰۵.

(۳) البقرة: ۲۳۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۴ ب ۱۲ من أبواب المهور.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۴ ب ۱۲ من أبواب المهور.

مع الدخول لا فرق بين ذكر المهر و تركه فى وجوب المهر لها، إلّا أنّه مع الذكر يتعيّن فى جنس و وصف و قدر يعيّنانها. و مع الترك إنّما يجب لها مهر المثل من أى جنس بأى صفة كان.

فيشترط فى صحّته أى المهر مع ذكره التعيين يجوز كون الفاء للتعليل و التفريع و التفصيل، و اشتراط التعيين لأنّه و إن لم يشترط فى صحّة العقد و لا العقد من عقود المعاوضات، لكنّه مع ذكره فيه يجرى فيه أحكام المعاوضات، فالخالى من التعيين كالخالى من التسمية رأسا.

و لكن التعيين إمّا بالمشاهدة و إن جهل كيله و وزنه و عدده و زرعه مع كونه من أحدها كقطعة مشاهدة من ذهب و قبّة مشاهدة من طعام لعموم الأدلّة و الأصل، و حصول التراضى، و ارتفاع أكثر الجهالات بالمشاهدة، مع أنّه ليس من المعاوضات المحضة.

نعم، إن تلفت العين المشاهدة المجهولة المقدار قبل القبض لم يمكن التخلّص إن جهلاه إلّا بالصلح أو بالوصف الرافع للجهالة فى ذاته و صفاته مع ذكر قدره من وزن أو كيل أو زرع أو عدد إن كان ذا قدر، فلو أبهم مع انتفاء المشاهدة جنسه أو بعض صفاته أو قدره فسد المهر و صحّ العقد لما عرفت من عدم توقّفه عليه، و مع الدخول يجب مهر المثل، لكن الظاهر كونه من الجنس المذكور فى العقد بالصفة المذكورة إن ذكرت له صفة، لأنّه لا يقصر عن الشرط، و: المؤمنون عند شروطهم «۱».

و لو تزوّجهنّ بمهر واحد صحّ كما يصحّ ابتياع أعيان بثمن واحد لعدم المانع، و حصول التراضى، و ربّما قيل بالبطلان للإبهام.

و بسط المذكور عليهنّ على قياس مهور الأمثال لهنّ على رأى فإنّها أعواض عن أبضاعهنّ، فيعتبر على قياس مالها من الأعواض عادة،

---

(۱) وسائل الشيعة ج ۱۵ ص ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور ذيل الحديث ۴.

كما يبسط الثمن الواحد على الأعيان المبتاعة صفقة كذلك خلافا للمبسوط «۱» و المهذّب «۲» فبسطاه على رؤوسهنّ، لأصالة عدم التفاضل، و ظهور التساوى مع التساوى فى الزوجيّة، و عدم تمحّض المعاوضة.

و لو تزوّجها على خادم أو بيت أو دار و لم يعيّن و لا وصف بما يرفع الجهالة قيل فى النهاية «۳» و المبسوط «۴» و الخلاف «۵» و الغنية «۶» و المهذّب «۷» و الجامع «۸» و النافع «۹»: صحّ و كان لها وسط من ذلك و هو خيرة الإرشاد «۱۰»، لخبر على بن أبى حمزة قال للكاظم عليه السّلام: رجل تزوّج امرأة على خادم. قال: لها وسط من الخدم، قال: قلت: على بيت، قال: وسط من البيوت «۱۱». و مرسل ابن أبى عمير عنه عليه السّلام فى رجل تزوّج امرأة على دار. قال: لها دار وسط «۱۲». و للإجماع على ما فى الخلاف «۱۳».

و الأقوى الفساد للجهالة، و ضعف الخبرين، و إمكان حملهما على وصف هذه الأشياء بما يرفع الجهالة و إن بقى الاشتراك.

و لو تزوّجها على كتاب اللّه و سنّة نبيّه و لم يسمّ مهرا فمهرها خمسمائة درهم لأنّها السنّة المحمّديّة صلّى اللّه عليه و آله كما نصّ عليه فيما تقدّم من خبر مفضّل بن عمر «۱۴» و غيره، و هو كثير. و لخبر أسامة بن حفص سأل الكاظم عليه السّلام عن

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۹۲.

(۲) المهذّب: ج ۲ ص ۲۰۹.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۳۲۶.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۹.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۳۷۱ المسألة ۹.

(۶) الغنية: ص ۳۴۸.

(۷) المهذّب: ج ۲ ص ۲۰۶.

(۸) الجامع للشرائع: ص ۴۴۱.

(۹) المختصر النافع: ص ۱۸۸.

(۱۰) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۱۵.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵ ب ۲۵ من أبواب المهور ح ۲. اعلم أنّ متن الحديث هو ما رواه علىّ بن أبى حمزة عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام، و أمّا ما رواه عن الكاظم عليه السّلام فهو بلفظ آخر.

(۱۲) تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۳۷۵ ح ۱۵۲۰.

(۱۳) الخلاف: ج ۴ ص ۳۷۱ المسألة ۹.

(۱۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۷ ب ۸ من أبواب المهور ح ۱۴.

رجل تزوّج امرأة و لم يسمّ مهرا و كان فى الكلام أتزوّجك على كتاب اللّه و سنّة نبيّه، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها، فمالها من المهر؟ قال: مهر السنّة «۱». و لا إشكال فى المسألة إن كان عليها إجماع أو قصد الزوجان ذلك، و إلّا فهو مشكل.

و لو أصدقها تعليم سورة، لم يجب تعيين الحرف أى القراءة من قوله عليه السّلام: «نزل القرآن على سبعة أحرف» «۲» على ما يقال: إنّها السبع القراءات و لقّنها الجائز أيّا كان من القراءات المتواترة دون الشاذّة على رأى الأكثر للأصل، و عن بعض الأصحاب وجوب التعيين للجهالة، و الاختلاف سهولة و صعوبة. و لا يلزمه غيرها أى السورة المعيّنة فى الصداق لو طلبت منه تعليمها و إن كانت أقصر أو أسهل، و كذا لو طلبت غير الحرف الذى يعلّمها شاذّا أو غيره.

و حدّه أى التعليم أن تستقلّ بالتلاوة لأنّه المفهوم منه عرفا و لا يكفى تتبع نطقه، و لو نسيت الآية الأولى بعد استقلالها بالتلاوة عقيب تلقين الثانية لم يجب إعادة التعليم على إشكال من أن تعليم السورة لا يمكن إلّا بتعليم آية آية، و إذا استقلّت بتلاوة الآية الأولى حصل التعليم بالنسبة إليها، و لا دليل على وجوب الإعادة، نعم لا يكفى نحو كلمة و كلمتين، لأنّه لا يعدّ فى العرف تعليما بل مذاكرة. و من أن المفهوم من التعليم هو الاستقلال بالتلاوة، فتعليم السورة إنّما يتحقّق باستقلالها بتلاوتها بتمامها.

و للعامّة وجه بأنّه لا يتحقّق التعليم بأقلّ من ثلاث آيات، لأنّها مقدار أقصر سورة، و هى أقلّ ما يقع به الإعجاز «۳».

و لو لم يحسن السورة حين أصدقها تعليمها صحّ سواء أصدقها التعليم مطلقا بنفسه أو بغيره أو التعليم بنفسه. أمّا الأوّل فظاهر، إذ لا يتوقّف

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۵ ب ۱۳ من أبواب المهور ح ۱.

(۲) تفسير التبيان: ج ۱ ص ۷، مسند أحمد بن حنبل: ج ۲ ص ۳۰۰.

(۳) المجموع: ج ۱۶ ص ۳۳۱.

تحصيل التعليم على علمه، و لكن إن تعذّر الغير ففى وجوب تعلّمه ليعلّمها وجهان، من أنّه كالتكسب لأداء الدين، و من توقف الواجب عليه، و هو الوجه.

و أمّا الثانى: فلأنّه يكفى القدرة على المهر، و لا يشترط الفعلية. و فى المبسوط وجه بالعدم «۱»، و احتاط به القاضى «۲»، إذ لا يصحّ إصداق منفعة شىء بعينه و هو لا يقدر عليها كإصداق منفعة عبد لا يملكه. و الفرق ظاهر، فإنّ منفعة الغير لا تثبت فى الذمة.

فإن أصدقها تعليم سورة و تعذّر تعليمها أو تعلّمت من غيره من دون تحصيله لها فعليه الأجرة لمثل تعليمها، فإنّ الأقرب إلى الشىء عند تعذّره المثل أو القيمة و الأجرة قيمة العمل، و قد يقال بثبوت مهر المثل.

و كذا إذا أصدقها الصنعة فتعذّرت أو تعلّمت من غيره.

و لو عقد مرّتين على مهرين من غير تخلّل فراق فالثابت الأوّل عندنا سرّا كان أو جهرا و هو ظاهر، و للشافعى قول بأنّ المهر مهر السرّ، و آخر بأنّه مهر العلانية «٣» و نزّلا على اتحاد العقد و التواطؤ على إرادة شيء و التلفّظ بآخر مخالف له قدرا و نحوه، كأن يتواطأ على إصداق ألف و التلفّظ فى العقد بألفين فإنّ فيه حينئذ وجهين: اعتبار ما يتواطأ عليه فإنّه الذى به التراضى، و عدم قصد الألفين من لفظهما فهو كإيقاع العقد لاغيا.

و يؤيّده خبر زرارة عن الباقر عليه السّلام فى رجل أسرّ صداقا و أعلن أكثر منه، فقال: هو الذى أسرّ و كان عليه النكاح «۴».

و الصواب حمله على أن يعقد عليه سرّا، و ارادة ذلك من قوله: «و كان عليه النكاح» و اعتبار اللفظ، لأنّه الذى وقع عليه العقد، و لا يعدل فى الألفاظ عن موضوعاتها باصطلاح خاصّ بين اثنين، و هو اختيار المبسوط «۵» و المهذّب «۶».

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٧٣- ٢٧۴.

(٢) المهذّب: ج ٢ ص ١٩٩.

(٣) المجموع: ج ١۶ ص ٣٢٧.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢۶ ب ١۵ من أبواب المهور ح ١.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩١.

(۶) المهذّب: ج ٢ ص ٢٠٩.

و لا يبعد القول بفسادهما، لخلوّ العقد عن الأوّل، و خلوّ لفظه عن قصد الثانى.

و المهر مضمون على الزوج عينا كان أو دينا ما دام فى يد الزوج أو ذمّته إلى أن يسلّمه لكن فى ضمان العين هل هو ضمان معاوضة. لقوله تعالى «فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» «١» و التعبير بلفظ المعاوضة فى نحو: زوّجتك بكذا.

و جواز امتناعها من التمكين قبل القبض، و ردّه بالعيب، أو ضمان يد كضمان الوديعة و العارية المضمونة و المقبوض بالسوم لعدم محوضة المعاوضة، و تسميته نحلة فى الكتاب، و جواز خلو النكاح عنه، و عدم انفساخه بتلفه، و عدم سقوطه بامتناعها من التمكين الى الموت؟ وجهان، و المعروف عندنا الثانى.

فإن تلف قبله أى التسليم بفعل المرأة برئ و كان الإتلاف قبضا و هو ظاهر.

و إن تلف بفعل أجنبيّ تخيّرت بين الرجوع على الأجنبى أو الزوج و إن رجعت على الزوج يرجع الزوج عليه أى الأجنبى.

و إن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثليّا فالقيمة لكون الضمان ضمان المعاوضة ينفسخ الصداق و يرجع إلى مهر المثل، كما أنّه إذا تلف أحد العوضين فى البيع قبل القبض انفسخ البيع، و لا- ينفسخ النكاح، لأنّ الصداق ليس من أركانه.

و إذا رجعت بالقيمة فيحتمل أكثر ما كانت القيمة من حين العقد إلى حين التلف، لأنّه مضمون فى جميع الأحوال فى جميع المدّة، فالأكثر مضمون.

و يحتمل القيمة حين التلف كما فى المبسوط «٢» لأنّه مضمون فى جميع الأحوال بغير تعدّ منه ليلزمه أعلى القيم من يوم التعدّى إلى التلف كما فى المغصوب، فإنّما عليه القيمة يوم الانتقال إليها، و هو يوم التلف. و احتمل القيمة يوم الصداق، و هو ضعيف، هذا إن لم تطالبه بالتسليم.

(۱) النساء: ۲۴.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۵.

أمّا لو طالبته بالتسليم حين كانت لها المطالبة فمنعها لا لعذر فتلف فعلى الأوّل كان الحكم ما تقدّم من أنّه يضمنه بأكثر ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين التلف.

و أمّا على الثانى فيختلف الحكم، لأنّه حينئذ يضمنه بأكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة إلى حين التلف كما نصّ عليه فى المبسوط «۱» لأنّه حينئذ غاصب، و قد يقال بضمان قيمة يوم التلف حينئذ أيضا، لما عرفت من أنّه حين الانتقال إلى القيمة، و هو ظاهر الشرائع «۲».

و لو تعيّب فى يده قيل فى الخلاف «۳» و المهذّب «۴» و موضع من المبسوط «۵»: تخيّرت فى أخذه مع الأرش أو أخذ القيمة لأنّ العقد وقع عليه سليما، فإذا تعيّب كان لها ردّه.

و الأقرب أنه ليس لها ردّه إلّا أخذه و أخذ أرشه فإنّه مضمون باليد دون المعاوضة فهو ملكها، و إنّما لها الأرش و لها أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر اتفاقا، لأنّ النكاح مع الأصداق معاوضة، و لكلّ من المتعاوضين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض. [و لخبر زرعة عن سماعة سأله عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها ثمّ جعلته فى حلّ من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم إذا جعلته فى حلّ فقد قبضته منه «۶». و للحرج و العسر و الضرر] «۷».

فإن امتنعا جميعا من التسليم حتى يقبض أودع المهر من يثقان به، فإذا وطأها قبضته. و يحتمل إجبار الزوج على التسليم، لأنّ فائت المال يستدرك دون البضع،

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۵.

(۲) الشرائع: ج ۲ ص ۳۲۵.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۴۰۲ المسألة ۴۹.

(۴) المهذّب: ج ۲ ص ۲۰۸.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰ ب ۴۱ من أبواب المهور ح ۲.

(۷) ما بين المعقوفين لم يرد فى ن.

و الإيقاف إلى أن يبادر أحدهما بالتسليم فيجبر الآخر سواء كان الزوج موسرا أو معسرا إذ لا يختلف بذلك حال المعاوضة و المتعاوضين، و قد يفهم من السرائر «۱» منعها من الامتناع مع الإعسار لامتناع المطالبة، و يضعّف بأنّ امتناع المطالبة لا يوجب تسليم العوض.

و هل لها ذلك أى الامتناع بعد الدخول قبل القبض؟ خلاف ففى المقنعة «۲» و المبسوط «۳» لها ذلك، فإنّ أحد العوضين و هو منفعة البضع متجدّد لا يمكن قبضه جملة، و المهر بإزاء الجميع، فبالتسليم مرّة لم يحصل الإقباض فجاز الامتناع، [و لعموم العسر و الحرج و الضرر] «۴».

و فى الانتصار «۵» و النهاية «۶» و الخلاف «۷» و المهذّب «۸» [و الجواهر] «۹» و الوسيلة «۱۰» و الغنية «۱۱» و السرائر «۱۲» و الجامع «۱۳» و النافع «۱۴» و الشرائع «۱۵» ليس لها الامتناع، لتحقّق الإقباض بالوطء مرّة، و لذا يستقرّ به المهر، و لوجوب التمكين عليها «۱۶» خرج التمكين أو لا قبل القبض بالإجماع، فيبقى الباقى على أصله، و للإجماع كما فى السرائر «۱۷».

و لو كان المهر كلّه مؤجّلا لم يكن لها الامتناع قطعا لثبوت حقّه عليها [حالا] «۱۸» من غير معارض.

فإن امتنعت و حلّ المهر لم يكن لها الامتناع أيضا على

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۱.

(۲) المقنعة: ص ۵۱۰.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۳.

(۴) ما بين المعقوفين لم يرد فى ن.

(۵) الانتصار: ص ۱۲۲.

(۶) انظر النهاية: ج ۲ ص ۳۳۴.

(۷) الخلاف: ج ۴ ص ۳۹۳ المسألة ۳۹.

(۸) المهذّب: ج ۲ ص ۲۱۴.

(۹) لم يرد فى ن. راجع جواهر الفقه: ص ۱۷۴ المسألة ۶۱۸.

(۱۰) الوسيلة: ص ۲۹۹.

(۱۱) الغنية: ۳۴۸.

(۱۲) السرائر: ج ۱ ص ۵۹۱.

(۱۳) الجامع للشرائع: ص ۴۴۰.

(۱۴) المختصر النافع: ص ۱۹۰.

(۱۵) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۵.

(۱۶) ورد فى ن: و.

(۱۷) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۱.

(۱۸) لم يرد فى ن.

رأى وفاقا للأكثر لاستقرار وجوب التسليم عليها قبل الحلول فيستصحب و لأنّهما عقدا، و تراضيا على أن لا يقف تسليم البضع على تسلّم المهر.

و يحتمل جواز الامتناع، لمساواته بعد الحلول للحالّ و لم يعقدا على التسليم قبل التسلّم بعده، و لا استقرّ عليها إلّا الوجوب قبله، و لأنّ الأصل فى المتعاوضين جواز الامتناع من التسلّم قبل التسلّم، و إنّما يتخلّف لمانع من تأجيل أحدهما دون الآخر، فالزمان قبل الحلول مانع من الامتناع، فإذا حلّ ارتفع المانع.

و فيه: أنّ الأصل إنّما هو استحقاق التسلّم بالتسليم «۱» أو استحقاق كلّ منهما على الآخر التسليم [لا الامتناع] «۲».

و إنّما يجب تسليمه أى المهر لو كانت متهيّئة للاستمتاع، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة بعذر غيره كمرض أو حيض لم يلزم

التسليم، فإنّه لا يجب التسليم إلّا إذا تعذّر التسلّم مع حلول العوضين.

و لو كانت صبيّة فامتنع الاستمتاع بها لذلک فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الوليّ لأنه الآن مستحقّ عليه، و لا يستحقّ الاستمتاع عليها، فهو بمنزلة تأجيل أحد العوضين دون الآخر. و فی المبسوط «۳» و الکافی «۴» العدم، لتعذّر التقابض.

و لو منعت الزوجة مع تهيّؤها للاستمتاع مع التمکين لنفسها لا للتسليم أی تسليم المهر إليها ففی وجوب التسليم للمهر على الزوج إشکال من صدق الامتناع من التسليم و إن لم يکن لأجل التسلّم، و من أنّ تسليم المهر إنّما يجب إذا امتنعت من التسليم لتسلّمه، فإنّه الامتناع المشروع، فإذا امتنعت لغيره لم تبذل نفسها فلم تستحقّ عليه المهر.

و لو مكّنت کان لها الطلب، و إن لم يطأ فإنّ تسليمها إنّما هو التمکين فإن رجعت إلى الامتناع سقط طلبها، إلّا إذا وطأها فإنّ المهر إنّما

---

(۱) فی المطبوع زيادة: لا الامتناع.

(۲) لا يوجد فی المطبوع.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۶.

(۴) الکافی فی الفقه: ۲۹۴.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۷، ص: ۴۱۲

يستقرّ بالوطء مرّة و لم يحصل و إن حصل التمکين.

و لو دفع الصداق فامتنعت من التمکين أجبرت عليه إن لم يکن لها عذر، لوجود المقتضی لوجوبه و انتفاء المعارض و ليس له الاسترداد فإنّه حقّ لها، فهو کالدين المؤجّل إذا تبرّع المديون بتعجيل أدائه. قيل: و على القول بوجوب تسليم المهر على الزوج أوّلا، له الاسترداد «۱» فإنّه يدفعه دفعا مراعى بسلامة العوض له، فإذا امتنعت من التمکين استردّ.

و إذا سلّم الصداق، فعليه أن يمهلها مدّة استعدادها بالتنظيف و الاستحداد أی إزالة الشعر بالحديد أو غيره کما فی المبسوط «۲» لجری العادة به، و لأنّه ربما ينفر عنها إن لم تستعدّ له، و ربّما يفهم من النهی عن طروق الأهل ليلا، و قوله صلى اللّه عليه و آله أمهلوا کی تمتشط الشعثة و تستحدّ المغيبة «۳».

و امّا التحديد بيوم و بيومين و ثلاثة کما فی المبسوط «۴» فلعلّ المراد به التمثيل، و إنّما العبرة بزمان تستعدّ فيه. و نصّ فی المبسوط على أنّها إن استمهلت أکثر من ثلاثة لم تمهل، لأنّ الثلاثة تتّسع لإصلاح حالها «۵». و استقرب فی التحرير عدم وجوب الإمهال «۶» للأصل.

و لا- شبهة فی أنّه ليس عليه أن يمهلها لأجل تهيئة الجهاز، و لا- لأجل الحيض، لإمکان الاستمتاع بغير القبل منها. و لو کانت صغيرة لا تطيق الجماع و إن بلغت تسعا فصاعدا أو مريضة کذلک وجب الإمهال أمّا فی الوطء فلا شبهة فيه، و أمّا فی تسلّمها و نقلها إلى بيته ففی المبسوط «۷» و التحرير «۸» کذلک، لأنّ العمدة من الاستمتاع هو الوطء و الباقی

---

(۱) القائل هو صاحب جامع المقاصد: ج ۱۳ ص ۳۶۱.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۴.

(۳) سنن أبی داود: ج ۳ ص ۹۰ باب الطّروق، ح ۲۷۷۸.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۴.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۴.

(۶) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۳ ص ۲۹.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۶.

(۸) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۳ س ۳۰.

تابع، و هو ممتنع فيها و لو سلّمت إليه لم يؤمن أن يشره نفسه فيواقعها فيجنى عليها.

و فيهما أنّها لو سلّمت إليه لم يجب عليه القبول، إذ لا يمكنه الاستمتاع منها، و يلزمه أن تسلّمها نفقة الحضانة و التربية إن كانت صغيرة، و هو غير واجب عليه.

و يحتمل وجوب التسليم إن طلبها، لإمكان الاستمتاع بغير الوطء كالحائض، خصوصا فى الكبيرة المريضة. نعم يقوى المنع إن لم يؤمن من المواقعة.

و إنّما يتقرّر كمال المهر بالوطء قبلا- أو دبرا أو موت أحد الزوجين إن لم ينصف المهر لا- بالخلوة على الأقوى وفاقا للأكثر للأصل، و قوله تعالى «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ» «۱» الآية، فإنّ المسّ هو الجماع اتفاقا.

و للأخبار الناطقة بتعليق وجوب المهر على التقاء الختانين، و نحوه كصحيح ابن سنان: إنّ أباه سأل الصادق عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة فأدخلت عليه فلم يمسّها و لم يصل إليها حتى طلّقها هل عليها عدّة منه؟ فقال: إنّما العدّة من الماء، قيل له: فإن كان واقعها فى الفرج و لم ينزل، فقال: إذا أدخله وجب الغسل و المهر و العدّة «۲».

و لخبر يونس بن يعقوب سأله عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة فأغلق بابا و أرخى سترا و لمس و قبّل ثمّ طلّقها، أ يوجب عليه الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلّا الوقاع «۳».

و ما ورد فى العنّين من إنظاره سنة، فإن لم يواقعها فسخت و لها نصف المهر «۴».

و فى المبسوط «۵» و الخلاف «۶» عن بعض أصحابنا القول بأنّ الخلوة كالدخول،

---

(۱) البقرة: ۲۳۷.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۵ ب ۵۴ من أبواب المهور ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۷ ب ۵۵ من أبواب المهور ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۳ ب ۱۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۸.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۳۹۶ المسألة ۴۲.

لقول علىّ بن الحسين عليهما السّلام فى حسنة الحلبى: إذا أغلق بابا و أرخى سترا وجب المهر و العدّة «۱». و قول الباقر عليه السّلام لزرارة: إذا تزوّج الرجل المرأة ثمّ خلا بها فأغلق عليها بابا أو أرخى سترا ثمّ طلّقها فقد وجب الصداق، و خلاؤه بها دخول «۲».

و نحوهما من الأخبار و هو كثير.

و الصواب ما حكى عن ابن أبى عمير و ارتضاه الصدوق «۳» و الشيخ «۴» و غيرهما أنّه مع الخلوة التامّة إذا ادعت عليه الدخول

كان القول قولها للظاهر، إلّا أن يظهر الخلاف ببيّنة أو بقاء بكارة.

و يستحبّ تقليله أى المهر، فعنه صلّى اللّه عليه و آله: أفضل نساء أمّتى أصبحهنّ وجها و أقلّهنّ مهرا «5» و: إنّ من شؤم المرأة غلاء مهرها «6» و: إنّ أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة «7».

و يكره أن يتجاوز السنّة و هو خمسمائة درهم لأنّه صلّى اللّه عليه و آله لم يتزوّج و لا زوّج بناته بأكثر منها، و قد أمر بأن يسنّ ذلك لأمّته.

و يكره أن يدخل بالزوجة قبل تقديمه أو تسليم بعضه أو تسليم غيره و لو هديّة لخبر أبى بصير عن الصادق عليه السّلام قال: إذا تزوّج الرجل المرأة، فلا يحلّ له فرجها حتى يسوق إليها شيئا درهما فما فوقه، أو هديّة من سويق أو غيره «8».

و لا يحرم للأصل، و قصور الخبر عن إفادة الحرمة، و خبر عبد الحميد الطائى

---

(1) وسائل الشيعة: ج 15 ص 67 ب 55 من أبواب المهور ذيل الحديث 2.

(2) وسائل الشيعة: ج 15 ص 67 ب 55 من أبواب المهور ح 3.

(3) المقنع: ص 109.

(4) تهذيب الأحكام: ج 7 ص 467 ذيل الحديث 1869.

(5) وسائل الشيعة: ج 15 ص 10 ب 5 من أبواب المهور ح 9.

(6) وسائل الشيعة: ج 15 ص 10 ب 5 من أبواب المهور ح 10.

(7) سنن البيهقى: ج 7 ص 235.

(8) وسائل الشيعة: ج 15 ص 12 ب 7 من أبواب المهور ح 1.

قال له عليه السّلام «1»: أتزوّج المرأة و أدخل بها و لا أعطيها شيئا، فقال: نعم يكون دينا عليك «2».

و خفاء الهديّة المفهوم من الواو و «أو يجوز أن يكون بالنسبة إلى النفقة و ما لو شرط لها، فإنّ غير المهر يشمل الصدقة و النفقة و الهديّة و الجعالة، كأن يشرط لها إن أتته اليوم فلها كذا، و الهديّة و الصدقة أخفى من الباقى، إذ لا شوب عوض فيهما.

و يجوز أن يكون بالنسبة إلى المهر بمعنى أنّ إعطاء شىء غير المهر يدفع الكراهة و إن لم يكن من عوض البضع فى شىء لكونه هديّة.

و لا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة فى استقرار جميع المهر وفاقا للأكثر للأصل، و الأخبار فى موت الزوج و هى كثيرة «3»، و الإجماع فيه على ما فى الناصريات «4». و قيل فى المقنع بالانتصاف بموت الزوج «5»، و الأخبار «6» به كثيرة.

لكن الأولى حملها على أنّه يستحبّ لها إذا مات الزوج ترك نصف المهر جمعا بين الأخبار «7» و عملا بالأصل.

و قيل فى النهاية «8» و التهذيب «9» لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر للأخبار المستفيضة من غير معارض. و ليس بجيّد لمخالفة الأخبار للأصل، و إمكان حملها على الاستحباب كالأخبار المتقدّمة، و فيه الفرق بينهما بوجود المعارض للأوّلة دونها، و قد يكون المراد أنّ لهم النصف إن لم يكن لها ولد.

---

(1) يعنى: أبا عبد اللّه عليه السّلام.

(2) وسائل الشيعة: ج 15 ص 16 ب 8 من أبواب المهور ح 9.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٧١ ب ٥٨ من أبواب المهور.

(۴) الناصريّات: ص ٣٣۴ المسألة ١۵۶.

(۵) المقنع: ص ١٢١.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٧١ ب ٥٨ من أبواب المهور.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٧١ ب ٥٨ من أبواب المهور.

(٨) النهاية: ج ٢ ص ٣٢٣.

(٩) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١۴٨ ذيل حديث ۵١٣.

و يكره للورثة المطالبة بالمهر مع الدخول إذا لم تكن قد طالبته به للأخبار «١» النافية لهذه المطالبة بخصوصها و الناطقة بهدم الدخول المهر، حتى ذهب اليه بعض الأصحاب.

[الفصل الثاني في الصداق الفاسد]

الفصل الثاني في الصداق الفاسد و لفساده أسباب ستّة: الأوّل: عدم قبوليّة الملك للزوجين أو مطلقا كالخمر و الخنزير مع إسلام أحد الزوجين و كالحرّ و ما لا قيمة له و لا منفعة مباحة فيه، فلو تزوّج المسلم على خمر أو خنزير أو حرّ صحّ العقد، و بطل المسمّى وفاقا للخلاف «٢» و المبسوط «٣» و بني الجنيد «۴» و زهرة «۵» و حمزة «۶» و إدريس «٧» و ابني سعيد «٨» لأنّه ليس من ركن العقد، و لأنّه إذا جاز الإخلاء أو شرط العدم فالفاسد أولى.

و قيل في المقنعة «٩» و النهاية «١٠» و الكافي «١١» بطل العقد أيضا، فإنّهما إنّما تراضيا بانعقاده عليه، و لفساد المعاوضة بفساد أحد العوضين، و توقّف في المختلف «١٢».

و على الأوّل هل يثبت لها قيمة المسمّى على تقدير الملكيّة أو مهر المثل؟ قولان فالأوّل خيرة موضع من الخلاف «١٣» لأنّهما عيّناه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١۴ ب ٨ من أبواب المهور ح ۴.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ٣۶٣ المسألة ١.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ٢٧٢.

(۴) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٣١.

(۵) الغنية: ص ٣۴٨.

(۶) الوسيلة: ص ٢٩۶.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ۵٧٧.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٢۴، الجامع للشرائع: ص ۴۴١.

(٩) المقنعة: ص ۵٠٨.

(١٠) النهاية: ج ٢ ص ٣١٩.

(۱۱) الكافى فى الفقه: ص ۲۹۳.

(۱۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۳۳.

(۱۳) انظر الخلاف: ج ۴ ص ۳۷۱ المسألة ۱۰.

فى شي‌ء، و الأقرب إليه قيمته، فيقوّم مثل الخمر عند مستحلّيه، و الحرّ على تقدير العبوديّة.

و الأقرب الثانى وفاقا للسرائر «۱» و النافع «۲» و الشرائع «۳» و الجامع «۴» و الوسيلة «۵» و موضع من الخلاف «۶» لأنّه لمّا فسد كان بمنزلة عدم التسمية، فيثبت مهر المثل بالدخول- و لعلّه المراد و إن أطلق- كما فى الإرشاد «۷» و التحرير «۸» و التبصرة «۹» و التلخيص «۱۰» و الشرائع «۱۱» و النافع «۱۲». و يحتمل مطلقا كما يقتضيه كلام المبسوط «۱۳» و الجامع «۱۴».

و هنا قول ثالث هو ثبوت القيمة لما له قيمة فى الجملة كالخمر، و مهر المثل فيما لا قيمة له أصلا كالحرّ. و فرق فى المبسوط بين أن يقول: أصدقتك هذا الحرّ أو الخمر، و أن يقول: أصدقتك هذا العبد أو الخلّ أو هذا، فبان حرّا أو خمرا، فأثبت مهر المثل فى الأوّل و القيمة فى الثانى، و قال: إنّه قضيّة مذهبنا، فإنّها دخلت فى الأوّل مع العلم بأنّها لا تملكه «۱۵». و نحوه الجواهر «۱۶».

و لو تزوّجها على ما فى ظرف يظنّانه ظرف خلّ فخرج ما فيه خمرا صحّ العقد قولا واحدا كما يظهر منهم و يثبت «۱۷» مهر المثل لظهور فساد المسمّى، فيجب مهر المثل إمّا مطلقا أو مع الدخول كما تقدّم.

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۵۷۷.

(۲) المختصر النافع: ص ۱۸۸.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۴.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۴۱.

(۵) الوسيلة: ص ۲۹۶.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۳۶۳ المسألة ۱.

(۷) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۱۴.

(۸) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۱ س ۱۳.

(۹) تبصرة المتعلّمين: ص ۱۴۱.

(۱۰) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ۳۸ ص ۴۷۶.

(۱۱) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۴.

(۱۲) مختصر النافع: ص ۱۸۸.

(۱۳) المبسوط: ج ۴ ص ۲۷۲.

(۱۴) الجامع للشرائع: ص ۴۴۱.

(۱۵) المبسوط: ج ۴ ص ۲۹۰.

(۱۶) جواهر الفقه: ص ۱۷۳ المسألة ۶۱۵.

(۱۷) فى قواعد الأحكام: ثبت.

و قيل في السرائر: يثبت «١» مثل الخمر من الخلّ فالإضافة بيانيّة، أو مثل ما ظنّاه خلّا فهي لاميّة، لأنّهما عقدا على الخلّ بهذا القدر و ظنّاه خلّا، فإذا ظهر خمرا لزم مثله، لأنّه مثلي فات فيلزم مثله، لأنّه أقرب الأشياء إليه، و لأنّ المعقود عليه خلّ منحصر في هذا الشخص، فإذا لم يتمّ الانحصار بقيت الخليّة.

و قيل: في المبسوط «٢» و الخلاف «٣» القيمة، لأنّهما عقدا عليه للماليّة، فإذا تعذّر عينه اعتبرت الماليّة.

و كذا لو تزوّجها بعبد فبان حرّا «۴» صحّ و ثبت مهر المثل أو القيمة دون المثل، فإنّه ليس مثليّا ففيه مسامحة اتكالا على الظهور و تنزيلا للقيمة منزلة المثل.

و لو تزوّجها على شخصين ظنّاهما عبدين فبان أحدهما حرّا لم ينحصر الصداق في الآخر كما عند أبي حنيفة «۵» لأنّها لم ترض به بل يجب لها بقدر حصّة الحرّ من مجموع المسمّى إذا قوّما من مهر المثل أو قيمته لو كان عبدا على القولين في المسألة المتقدّمة.

و في التحرير: هل لها المطالبة بقيمتهما و دفع الآخر؟ إشكال «۶». و للشافعيّة هنا أقوال بناء على الخلاف في تفريق الصفقة، فإن بطل به بطل هنا فلها مهر المثل أو قيمتها على القولين، و إن صحّ كان لها الخيار، فكذا هنا، فإن فسخت كان لها قيمتهما أو مهر المثل على القولين، و إن اختارت فإمّا أن يلزمها الرضا بالباقي خاصّة أو ليس عليها ذلك، بل لها المطالبة بقيمة الآخر أو بحصّته من مهر المثل.

و لو أصدقها عينا فخرجت مستحقّة للغير فسد الصداق قطعا فإن كانت مثليّة فالمثل، و إلّا فالقيمة لأنّ الرضا بالعين، فإن تعذّرت لزم أقرب الأشياء إليها.

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٥٩٣.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩٠.

(٣) الخلاف: ج ۴ ص ٣٧١ المسألة ١٠.

(۴) في قواعد الأحكام زيادة: أو مستحقّا.

(۵) الشرح الكبير: ج ٨ ص ٢٧.

(۶) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣٢ س ٢٢.

و يحتمل مهر المثل لأنّ الفاسد كغير المذكور.

السبب الثاني للفساد: الجهالة، فلو تزوّجها على مهر مجهول بطل المسمّى و ثبت مهر المثل [بالدخول أو مطلقا] «١» قطعا لتعذّر تقويم المجهول، و لو ضمّه أي المجهول إلى المعلوم احتمل فساد الجميع للزوم جهل الجميع فيجب مهر المثل.

و احتمل احتساب المعلوم من مهر المثل لتعلّق العقد بعينه و هو غير المجهول، فلا يلزم بطلان اعتباره فيجب الباقي إن نقص المعلوم عن مهر المثل. فلو زاد المعلوم عن مهر المثل لم يجب الزيادة على الأوّل للحكم بفساد المسمّى رأسا و الانتقال إلى مهر المثل، فإنّما يعطى من المعلوم ما بقدره دون الثاني لاعتبار كلّ من التسمية و مهر المثل و إيجاب عين المعلوم للتسمية.

ثمّ ما زاد عليه من مهر المثل إن زاد و احتمل هنا مثل ما مرّ في عبدين ظهرت حرّية أحدهما من أنّه يجب من مهر المثل بقدر حصّة الحرّ، فيجب هنا المعلوم بتمامه، و من مهر المثل بقدر حصّة المجهول، إمّا بتقديره بأقلّ ما يتموّل أو بنصف المجموع لأصالة عدم التفاضل، و لا يكتفى بالمعلوم و إن ساوى مهر المثل أو زاد عليه. و يمكن حمل كلام المصنّف عليه أو على ما

يعمّه، و الأوّل بأن يحمل احتساب المعلوم على احتساب قدره إذا نسب إلى المجموع منه و من المجهول، أو على ما يعمّ احتساب عينه أو قدره.

و لو تزوّج و اشترى و استأجر بشيء واحد فى عقد واحد بسط على الجميع على قياس مهر المثل و ثمنه أى المثل أو المبيع و أجرته أى المثل أو المستأجر فيعطى كلّ بحساب ماله، خلافا لبعض العامّة فأبطل العقد جملة «٢».

و لو زوّجه جاريته و باعها منه فى عقد بشيء صحّ البيع، لوجود

---

(١) لم يرد فى ن.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٨٥.

المقتضى و انتفاء المانع، و بطل النكاح لبطلان نكاح المولى أمته و سقط من المسمّى لهما بنسبة مهر المثل إلى المجموع منه و من قيمتها، و لا ينعكس، لأنّ البيع نقل العين و النكاح نقل المنفعة.

و قد يحتمل بطلانهما لاتحاد العقد، و انتفاء الكلّ بانتفاء جزئه، و هو ضعيف.

و لو تزوّج بها، و اشترى منها دينارا بدينار بطل البيع للربا و صحّ النكاح لما عرفت و وجب مهر المثل كما فى المبسوط «١» و الشرائع «٢» لفساد المسمّى.

و الأقوى وجوب ما يقتضيه التقسيط من المسمّى إذ لو أخلينا النكاح من المسمّى لزم وقوع الدينار كلّه بإزاء الدينار، فيصحّ البيع لانتفاء الربا، فإن كان مهر المثل عشرة دنانير- مثلا- كان لها عشرة أجزاء من أحد عشر جزء من الدينار.

و لو اختلف الجنس فى الثمن و المثمن كأن نكحها و اشترى منها درهما مثلا بدينار صحّ الجميع.

السبب الثالث: للفساد الشرط على التفصيل الذى سنذكره.

و لو شرط فى العقد ما لا يخلّ بمقصود النكاح و إن كان غرضا مقصودا فى الجملة لم يبطل النكاح بالاتفاق كما يظهر منهم.

و الفرق بينه و بين سائر العقود أنّ النكاح ليس معاوضة محضة ليلزم دخول الشرط فى أحد العوضين، فيلزم الفساد بفساده و بطل الشرط «٣» إن خالف المشروع اتفاقا، و لقوله صلّى اللّه عليه و آله فى خبر ابن سنان: من اشترط شرطا سوى كتاب اللّه فلا يجوز ذلك له و لا عليه. «٤». و خفاؤه ظاهر إن تعلّق به غرض مقصود، و يخفى عدم بطلان النكاح أيضا بناء على توهّم أنّ النكاح أيضا عقد معاوضة، فإن كان

---

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٢٨٩.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣١.

(٣) فى قواعد الأحكام: بل الشرط.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧ ب ٣٨ من أبواب المهور ح ٢.

الشرط ممّا تعلّق به غرض مقصود دخل فى العوض، فإذا فسد فسد النكاح، بخلاف غيره، فإنّه يكون لغوا غير داخل فى العوض، فلذا قدّم عليهما قوله: و «إن كان غرضا مقصودا» فى الجملة.

و مخالف المشروع: مثل أن يشترط لها أو عليه أن لا يتزوّج عليها أو لا يتسرّى عليها أو لا يمنعها من الخروج من المنزل متى

شاءت أو لا يقسّم لضرّتها فالعقد و المهر إن سمّى صحيحان لوجود مقتضيهما و انتفاء المانع كما عرفت و يبطل الشرط خاصّة لمخالفته المشروع.

و يرشد إلى جميع ذلك، مع ما عرفت: خبر محمّد بن قيس عن الباقر عليه السّلام فى رجل تزوّج امرأة و شرط لها إن هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سريّة فهى طالق، فقضى فى ذلك: إنّ شرط اللّه قبل شرطكم فإن شاء وفى لها بما شرطه، و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها «١».

و صحيحه إن كان البجلى بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه، عنه عليه السّلام قال:

قضى على عليه السّلام فى رجل تزوّج امرأة و أصدقها و اشترطت أن بيدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنّة و ولّت الحقّ من ليس بأهله، قال: فقضى أنّ على الرجل النفقة و بيده الجماع و الطلاق، و ذلك السنّة «٢».

و كذا لو شرط تسليم المهر فى أجل فإن لم يسلّمه كان العقد باطلا، فإنّه يبطل الشرط أى شرط أنّه إن لم يسلّمه فى الأجل بطل العقد لمخالفة المشروع لا التأجيل خاصة دون العقد، لما عرفت.

و لصحيح محمّد بن قيس إن كان البجلى للقرينة المتقدمة عن الباقر عليه السّلام قال:

قضى على عليه السّلام فى رجل تزوّج المرأة إلى أجل مسمّى فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمّى فهى امرأته، و إن لم يجىء بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث أنكحوا، فقضى أنّ بيد الرجل بضع امرأته و أحبط شرطهم «٣».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤۶ ب ٣٨ من أبواب المهور ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣۶٩ ح ١۴٩٧.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣٧٠ ح ١۴٩٨.

و فى فساد المهر فى جميع ما تقدّم من الصور وجه، فإنّ الشروط كالعوض المضاف إلى الصداق فالمهر مركّب من صحيح و فاسد هو الشرط، و يتعذر الرجوع إلى قيمة الشروط لجهلها، فيتعذّر ضمّ القيمة إلى الجزء الصحيح فيفسد الكلّ. فيثبت مهر المثل أو يفسد الجزء المجهول خاصّة، و يحتسب المعلوم من مهر المثل على ما تقدّم من الوجهين فى ضمّ المجهول إلى المعلوم، و هذه العبارة تشمل ذلك، هذا فيما اشترطت الزوجة عليه.

و أمّا فيما اشترط عليها، فيقال: إنّ العوض المبذول بإزاء البضع و الشرط معا، فإذا فسد الشرط فسد ما بإزائه و بقى المهر مجهولا.

و لو شرط أن لا يفتضّها لزم الشرط، فإن أذنت بعد ذلك جاز كما فى النهاية «١» و النافع «٢» و الشرائع «٣»، لخبر إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السّلام قال له: رجل تزوّج بجارية عاتق على أن لا يفتضّها ثمّ أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت فلا بأس «۴».

و خبر سماعة عنه عليه السّلام قال له: رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوّجه نفسها فقالت: أزوّجك نفسى على أن تلتمس منّى ما شئت من نظر و التماس، و تنال منّى ما ينال الرجل من أهله إلّا أنّك لا تدخل فرجك فى فرجى و تلذّذ بما شئت، فإنّى أخاف الفضيحة، فقال: ليس له منها إلّا ما اشترط «۵».

و فى السرائر «۶» و المهذّب «٧» و الكامل «٨» بطلان الشرط، لمخالفته المشروع و قضيّة العقد.

و عندى فيه أى فى كلّ من اللزوم و الجواز مع الإذن إشكال ففى

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۲۸.

(۲) المختصر النافع: ص ۱۹۰.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۲۹.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۵ ب ۳۶ من أبواب المهور ح ۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۵ ب ۳۶ من أبواب المهور ح ۱.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۵۸۹.

(۷) المهذّب: ج ۲ ص ۲۰۷.

(۸) حكاه عنه فی مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۴۹.

اللزوم ممّا عرفت، و فی الجواز من الخبرين، و أنّه حقّ لها، فإذا أجازته جاز. و من أنّ العقد لما اشتمل على اشتراط العدم لم يكن مبيحا للوطء، و مجرد الإذن لا يبيحه، و قد يقال: يبيحه إباحة موقوفة.

و قيل فی المبسوط «۱» و الوسيلة «۲»: يختص لزوم الشرط بالمؤجّل لأنّ لزوم مثله مع مخالفته الشرع و مقتضى العقد، خلاف الأصل، و الخبران ضعيفان يمكن تخصيصهما بالمؤجّل كما ترشد إليه الفضيحة فی الثانی، و نصّ عليه حسن عمّار بن مروان عن الصادق عليه السّلام: فی رجل جاء الى امرأة فسألها أن تزوّجه نفسها متعة، فقالت: أزوّجك نفسی «۳» إلى آخر ما مرّ فی خبر سماعة. و للفرق بين الدائم و المنقطع بأنّ الغرض الأصلی فی الأوّل النسل فينافيه الشرط بخلاف المتعة.

و لو شرط الخيار فی النكاح بطل العقد فی المشهور، و هو الوجه، لأنّ فيه شائبة العبادة لا يقبل الخيار و لم يتراضيا إلّا بما دخله الخيار، فلم يريدا بلفظ العقد معنى النكاح فيلغو. و ابن إدريس صحّح العقد و أبطل الشرط «۴» لوجود المقتضی، و هو عقد النكاح، و إنّما فسد شرط الخيار فيلغو، و لا يفسد به العقد كغيره من الشروط. و للوجهين تردّد المحقّق «۵».

و إن شرطه أی الخيار فی المهر، صحّ العقد و المهر و الشرط بشرط ضبط مدّة الخيار. و يحتمل العدم لإطلاق العبارات، و إن فرض فی الخلاف «۶» و المبسوط «۷» و المهذّب «۸» خيار الثلاث.

فإن اختار بقاءه أی المهر لزم، و إلّا انفسخ و ثبت مهر المثل إن اختار الفسخ.

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۰۴.

(۲) الوسيلة: ص ۲۹۷.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۱ ب ۳۶ من أبواب المتعة ح ۱.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۵۸۹.

(۵) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۳۰.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۳۸۸ المسألة ۳۳.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۳۰۴.

اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌٧، ص: ۴۲۳

(٨) المهذّب: ج ٢ ص ٢١٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۲۴

و لو سمّى لها شيئا و لأبيها مثلا شيئا لزم مسمّاها إجماعا كما فى الخلاف «١» خاصة لصحيح الوشاء عن الرضا عليه السّلام قال: لو أنّ رجلا تزوّج امرأة و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، و الذى جعله لأبيها فاسدا «٢». و لأنّه ليس من أركان النكاح، و لا من العوض الذى يعتبر فيه فهو لغو، و لعلّه مراد ابن حمزة «٣» إذ عدّه ممّا يخالف الكتاب و السنّة، و للإجماع كما فى الغنية «۴».

و لا فرق بين أن يتسبّب لتقليل المهر أو لا، و لا بين أن يجعل جعالة له على الوساطة أو عمل آخر أو لا، لإطلاق الخبر و الأصحاب، إلّا أبا على فاحتاط بالوفاء بالجعالة «۵»، لقوله صلّى اللّه عليه و آله: أحقّ الشروط ما نكحت به الفروج «۶». و الحقّ ما فى المختلف من أنّه إن قصد به الجعالة لزم، إذ لا مفسد لها «٧». و يمكن أن لا يريد أبو على بالجعالة معناها المعروف.

و ربّما يستشكل فى صحّة المهر إن تسبّب لتقليله بزعمها لزوم الشرط.

و لو أمهرها شيئا و شرط أن يعطى أباها منه شيئا قيل: و القائل أبو على «٨» لزم الشرط فإنّه شرط سائغ فى عقد لازم لا يخالفه، و المسلمون عند شروطهم، و لما سمعته الآن من قوله صلّى اللّه عليه و آله، مع خروجه عن النصّ الرضوى و الفتاوى.

و لو شرط أن لا يخرجها من بلدها، قيل فى النهاية «٩» و المهذّب «١٠»

---

(١) الخلاف: ج ۴ ص ٣٨٧ المسألة ٣١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١٩ ب ٩ من أبواب المهور ح ١.

(٣) الوسيلة: ص ٢٩٧.

(۴) الغنية: ص ٣۴٩.

(۵) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٧٠.

(۶) سنن البيهقى: ج ٧ ص ٢۴٨.

(٧) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٧٠.

(٨) نسبه فى جامع المقاصد (ج ١٣ ص ٣٩٧) إلى ظاهر كلامه.

(٩) النهاية: ج ٢ ص ٣٢٩.

(١٠) المهذّب: ج ٢ ص ٢١٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۲۵

و الوسيلة «١» و الجامع «٢» و النافع «٣»: لزم الشرط للرواية الصحيحة عن أبى العباس عن الصادق عليه السّلام فى الرجل يتزوّج امرأة و يشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: يفى لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك «۴». و لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» «۵» و نحوه.

و فى الغنية «۶» و السرائر «٧» و الخلاف «٨» و المبسوط «٩» بطلان الشرط، لمخالفته مقتضى العقد، فإنّه يقتضى استحقاق الاستمتاع بها فى كلّ مكان و زمان، فيحمل الخبر على الاستحباب، و هو غير مسموع فى مقابلة النص، و عموم لزوم الشرط لمنع

استحقاقه الاستمتاع عاما إلّا إذا لم يشرط خلافه.

و هل يتعدّى الحكم إلى شرط أن لا يخرجها من منزلها؟، إشكال من المشاركة فى الاشتراط و الجواز و الدخول فى عموم نحو: «المؤمنون عند شروطهم» «۱۰» و من الخروج عن النص و الافتراق بأنّ ضرر الخروج عن البلد أكثر منه عن المنزل غالبا و تعلّق الغرض به أكثر.

و لو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها، و أزيد إن أخرجها، فأخرجها أى أراد إخراجها إلى بلاد الشرك لم يلزم إجابته لوجوب الهجرة من بلاد الشرك، و لا يجب اطاعة الزوج فى معصية اللّه و لها الزائد.

و إن أخرجها إلى بلاد الإسلام لزمها الإجابة و كان الشرط لازما لعموم أدلّة الوفاء بالشروط، هذا ممّا أفتى به الشيخ فى النهاية «۱۱»

---

(۱) الوسيلة: ص ۲۹۷.

(۲) الجامع للشرائع: ص ۴۴۳.

(۳) مختصر النافع: ص ۱۹۰.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۹ ب ۴۰ من أبواب المهور ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور ح ۴.

(۶) الموجود فيها خلاف ذلک، راجع الغنية: ص ۳۴۹.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۰.

(۸) الخلاف: ج ۴ ص ۳۸۸ المسألة ۳۲.

(۹) المبسوط: ج ۴ ص ۳۰۳.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور ح ۴.

(۱۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۳۱.

و جماعة، و الأصل فيه حسن على بن رئاب عن الكاظم عليه السّلام قال: سئل و أنا حاضر عن رجل تزوّج امرأة على مائة دينار، على أن تخرج معه الى بلاده، فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا، أ رأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرک فلا شرط له عليها فى ذلک و لها مائة دينار التى أصدقها إياها، و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الإسلام و دار الإسلام فله ما اشترط عليها و المسلمون عند شروطهم، و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدّى لها صداقها، أو ترضى من ذلک بما رضيت، و هو جائز له «۱».

و فيه نظر من عموم الوفاء بالشرط، و اعتبار سند الخبر من غير معارض، و فتوى جمع من الأصحاب به. و من مخالفته للأصول لجهل المهر، و للحكم بأنّ لها الزائد إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرک من غير خروج إليها، مع أنّه خلاف الشرط، و للحكم بأنّه لا يخرجها إلى بلاد الإسلام إلّا بعد أن يوفى لها مهرها الأزيد، مع عدم وجوب الوفاء بالمهر إلّا بعد الدخول أو المطالبة مع التهيّؤ للتمكين، و لما فى السرائر من لزوم إطاعة الزوج و الخروج معه إلى حيث شاء «۲».

و يندفع الكلّ بأنّ المهر هو المائة، و إنّما شرط عليها الإبراء إن لم يخرجها، فيجب عليه المائة إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرک و إن عصته، لما عرفت من وجوب الهجرة، فالإخراج المشروط ينصرف إلى الجائز منه لئلّا يخالف المشروع، و الإطاعة إنّما تجب

فيما ليس معصيةً للّه، و ليس نصّا فى وجوب إعطائها المهر قبل الإخراج مطلقا، لاحتمال أنّه ليس له الإخراج حتى يلزمه الأداء و لو بعده، أو حتى يوطّن نفسه على الأداء، أو إذا طالبته و ترضى من ذلك بما رضيت يشمل الرضا بالتأخير، و لذا لم يتردّد فيه المصنّف فى غيره.

و لو شرط عدم الإنفاق بطل الشرط لمخالفته قضيّة العقد.

السبب الرابع: استلزام ثبوته نفيه فإن استلزم ثبوته نفى النكاح

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٩ ب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢. فى النسختين: على شروطهم.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ٥٩٠.

كما لو قبل المولى نكاح عبد جعل رقبته صداقا لحرّة، أو لمن انعتق بعضها، فإن النكاح يبطل لمنافاته الملك، و صرّح فيما تقدّم بصحّة النكاح و بطلان الصداق خاصّة، و الفرق بين المسألتين: التعبير بالتزويج ثمّ و القبول هنا، لا يجدى. و أمّا إن كانت المرأة أمة فالنكاح و المهر صحيحان، فإنّ المهر ملك المولى.

أمّا لو زوّج ابنه من امرأة و أصدقها أمّ ابنه أو أخته لامّه و إن صرّح بكون الإصداق من مال نفسه فإنّه لا يفيد بل فسد الصداق، لأنّها لا تدخل فى ملكها ما لم تدخل فى ملكه فإنّ الإنسان لا يملك أحد العوضين إلّا و العوض الآخر من ملكه، و لذا إذا أصدق الأب من ماله امرأة ابنه الصغير، ثمّ بعد البلوغ طلّقها قبل الدخول، رجع نصف المهر إليه لا إلى الأب. و إذا دخل فى ملكه فتعتق عليه فيصحّ النكاح دون المهر.

السبب الخامس: أن يزوّج الوليّ المولّى عليها بدون مهر مثلها فيصحّ العقد، و فى صحّة المسمّى قولان ففى الخلاف «١» و المبسوط «٢» الصحّة، لأنّ الوليّ بيده عقدة النكاح و له العفو بنصّ الكتاب «٣» فأولى له أن ينقص، و هو ممنوع، و لأنّ النكاح فى الحقيقة ليس معاوضة، و هو مأذون له شرعا، و هو ممّا يقبل الخلوّ عن المهر و الزيادة و النقصان فيه. و حكى فى المبسوط قول بالبطلان «٤» لأنّ عليه مراعاة القيمة فى مالها، ففى بضعها أولى، و هو ممنوع.

و كذا يفسد المهر لو زوّجه الولى بأكثر من مهر المثل، فإنّ المسمّى يبطل لأنّه إضاعة للمال مع فقد مثل ما فى المسألة السابقة من جواز عفو من بيده النكاح.

و فى فساد النكاح فى المسألتين إشكال [ينشأ] من التمسك بالعقد الذى لا يشترط فيه المهر و لا يشترط فيه ذكره بطريق أولى، و غاية ما لزم من الفساد خلوّه عن ذكر المهر، فلا يؤدّى إلى فساد العقد.

---

(١) الخلاف: ج ٤ ص ٣٩٢ المسألة ٣٧.

(٢) المبسوط: ج ٤ ص ٣١١.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) المبسوط: ج ٤ ص ٣١١.

و من بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاهما و ما قنعا به ففى الأولى يلزم تكليف الزوج ما لم يرض به، و فى الثانية الزوجة و ما فيما قنعا يحتمل الموصوليّة و النفى، و تثنية الضمير قرينة على الاستشكال فى المسألتين، فإنّ العبرة فى الثانية برضاها، لا سيّما

و هو مولّى عليه و إن جاز تنزيل رضى الولىّ منزلة رضاه، و إعادة الضمير إليها مع الولىّ.

و الأقوى أنّ مع فساد المسمّى فى المسألتين يثبت الخيار لمن يكلّف الزيادة على ما رضى به، و هو الزوج فى الاولى و الزوجة فى الثانية فى فسخ العقد و إمضائه فإنّك قد عرفت أنّ فساد المهر لا يتسبّب لفساد العقد، و الضرر منفى فلزم الجبر بالتخيير فى الفسخ و الإمضاء.

و الأولى أن يقال: إن خالف المصلحة ما فعله الولىّ فى المسألتين كان فضوليّا، و يثبت الخيار فى المهر للمولّى عليه بعد الكمال، فإن لم يرض بما سمّاه الولىّ يثبت للآخر الخيار فى العقد. نعم إن لم يرج الكمال للمجنون، توجّه الاقتصار على خيار الآخر فى العقد.

نعم، لو أصدق ابنه أى لابنه زوجته أكثر من مهر المثل من ماله جاز و إن دخل فى ملك الابن ضمنا ثمّ ينتقل منه إليها كما عرفت، إذ لا تخسير له، فإنّ التخسير «١» إنّما يكون بإتلاف مال كان له قبل العقد المتلف، لا العقد المتضمّن للتمليك مع الإتلاف، على أنّه ربما يرجع إليه كلّه أو بعضه.

السبب السادس: مخالفة الوكيل الأمر من الموكّل فإذا قالت:

زوّجنى بألف فزوّجها بخمسمائة لم يصحّ المهر قطعا، لأنّه غير ما عليه التراضى و العقد أيضا، لأنّه غير ما وكّل فيه، و لا جهة لإجبارها على الرضا به على خمسمائة أو مهر المثل، و لا إجبار الزوج على ألف أو مهر المثل.

و يحتمل ثبوت الخيار فى العقد، فإنّ غايته فساد المهر، و هو ليس من

---

(١) فى المطبوع: إذ لا تخيير له، فإنّ التخيير.

أركانه، فلا جهة لبطلانه، لكن لمّا تعيّن فيه من المهر ما لم تأذن فيه الزوجة كان فضوليّا، فإن أجازته بعد ذلك لزم، و إلّا انفسخ إلّا أن يرضى الزوج بما ترضى به.

و لو قالت: زوّجنى، مطلقا أى و لم تتعرّض للمهر فزوّجها بأقلّ من مهر المثل فالأقرب صحّة العقد، للإذن فيه، و فساد المهر، و الرجوع الى مهر المثل لانصراف الإطلاق إليه، و توقف الغبطة عليه.

و يحتمل فساد العقد لكونه بمنزلة التقييد بمهر المثل مع المخالفة.

و يحتمل ثبوت الخيار. و الفرق بين المسألتين، حيث رجّح البطلان فى الاولى و الصحّة فى الثانية، تعيين الزوجة المهر فى الأولى بالنصّ دون الثانية، و قرّب الإجبار على مهر المثل.

و لو لم يذكر الوكيل مع الإطلاق المهر احتمل الصحّة للامتثال، و الفساد، إذ مفهومه أى التزويج ذكر المهر عرفا فهو خلاف المأذون فيه، و احتمل الفضوليّة و ثبوت الخيار، و يجوز تعميم الفساد له.

و لو لم يذكر المهر مع التقييد أى تقييدها بألف مثلا يحتمل الفساد لأنّ الإطلاق فى العقد تفويض و هى لم ترض به.

و يحتمل الخيار لأنّه فضولىّ بالنسبة إلى المهر، فإن أجازته فيثبت مهر المثل بنفس العقد لا بالدخول، لأنّ الإذن ليس تفويضا، و يحتمل بالدخول لأنّه إذن فى العقد الذى مقتضاه التفويض.

و لو قالت: زوّجنى بما شاء الخاطب، فهو تفويض للمهر و يأتى.

و لو عرف ما شاء فقال: زوّجتك بما شئت صحّ و كان تعيينا للمهر، خلافا للشافعى فإنّه يراه عقدا بمجهول «١» و لا اختصاص له بما إذا قالت: زوّجنى بما شاء الخاطب بل يجرى فى كلّ تزويج.

(۱) الامّ: ج ۵ ص ۶۹.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۷، ص: ۴۳۰

و ليس تفريق الصفقة سببا للفساد عندنا، خلافا للشافعيّة فى وجه «۱».

فلو أصدقها عبدا يساوى ألفين على أن تردّ عليه ألفا فنصفه صداق و نصفه فى حكم مبيع، فلو ظهر فى العقد عيب و أرادت إفراد الصداق منه أو المبيع بالردّ بالعيب جاز و لم يفسد الآخر و إن تبعّضت الصفقة، فإنّه ليس تبعّضا لها فى عقد واحد بخلاف ردّ نصف المبيع مثلا فإنّه محذور، و إن اشتركا فى لزوم تشقيص العبد فإنّهما أقدما عليه «۲»، إذ جعلا بعضه صداقا و بعضه مبيعا.

[الفصل الثالث فى التفويض و هو قسمان]

اشارة

الفصل الثالث فى التفويض و هو فى اللغة جعل الشي‏ء إلى الغير يقال: فوّضت أمرى إليه أى وكّلته إليه، و فى الاصطلاح هنا قسمان:

[القسم الأوّل تفويض البضع.]

الأوّل تفويض البضع.

و هو إخلاء العقد من ذكر المهر المتضمّن لجعل البضع إلى الزوج يتصرّف فيه كيف يشاء، و المرأة مفوّضة- بالفتح- أى موكولة البضع، سواء كان بفعلها أو بفعل وليّها- و بالكسر- أى وكّلت بضعها. و الإخلاء المعتبر لا بدّ من أن يكون إمّا بأمر من يستحقّ المهر من المرأة أو المولى أى بإذنه و لو بالإجازة بعد العقد أو بفعله نفسه أو بفعل وليّه أو أمره، و الاقتصار على الأوّل للاختلاف فى فعل الوليّ و أمره كما سيظهر، و فهم فعل نفسه بطريق الأولى. أو يقال: إنّ العقد ليس إلّا مجموع الإيجاب و القبول، و غاية الأمر أن يكون الإيجاب بفعله، و القبول ليس إلّا بأمره.

و ليس مبطلا للعقد بالإجماع و النصّ من الكتاب «۳» و السنّة «۴» مثل:

(۱) الامّ: ج ۵ ص ۶۷.

(۲) فى ن: «عليه هنا».

(۳) البقرة: ۲۳۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۴ ب ۱۲ من أبواب المهور ح ۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۷، ص: ۴۳۱

زوّجتك نفسى أو فلانة فيقول الزوج أو وليّه: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه لما عرفت من أنّه ليس من أركانه، لأنّه ليس من المعاوضات.

فلو قالت: على أن لا مهر عليك صحّ العقد لذلك، و لا ينافيه وجوب المهر بالدخول أو القرض، فإنّ الإطلاق ينصرف إلى نفى المهر بالعقد، و الأمر كذلك.

و لو قالت: على أن لا مهر عليك فى الحال و لا فى ثانيه احتمل الصحّة كما اختاره الشيخ «١» لأنّه بمعنى أن لا مهر عليك فإنّه نكرة منفيّة تفيد العموم، و كما يخصّ ذلك بمجرد العقد فكذا هذا.

و احتمل البطلان، لأنّه بالتنصيص على الحال و ثانيه جعلها موهوبة البضع، لأنّه تضمّن انتفاء المهر مطلقا، و إن دخل بها فإنّه لا فائدة للتنصيص على ثانى الحال إلّا نفيه و إن دخل أو فرض فإنّ ما يثبت بالعقد يثبت به فى الحال، فكأنّها قالت: على أن لا مهر عليك، و إن فرضت أو دخلت فيكون من الشروط المخالفة لقضيّة العقد، و الفرق بين العموم و النصّ على خصوصيّات الأفراد ظاهر.

و احتمل ثالث هو: صحّة العقد و فساد التفويض، فيثبت مهر المثل بمجرّد العقد، و هو ضعيف جدّا، لأنّ غاية فساد الشرط كونه فى حكم السكوت عن المهر.

و يصحّ التفويض فى البالغة الرشيدة دون من انتفى عنها أحد الوصفين فإنّه لا يصحّ تزويجها بنفسها فضلا عن التفويض.

نعم، لو زوّج الولىّ المولّى عليها لصغر أو سفه مفوّضة أو بدون مهر المثل صحّ العقد مطلقا.

قيل: و يبطل التفويض و النقص من مهر المثل و يثبت مهر المثل بنفس العقد لأنّه إتلاف لبضع الغير بغير عوض فلا يجوز، كما لا يجوز فى

---

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٢٩٤.

المعاوضات على الأموال، و ينسب هذا القول إلى المبسوط «١» و لم أر فيه ما ينصّ عليه.

و فيه إشكال ينشأ: من ذلك، و من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولىّ فإنّه لا يصحّ تصرّفه فى شىء من المولّى عليه من مال أو بضع بدون المصلحة، و إذا تحقّقت صحّ تصرّفه على أىّ وجه اقتضته. فيصحّ التفويض كما يصحّ العقد وثوقا بنظره و قد عرفت أنّه ليس معاوضة محضة.

فعلى الأوّل لو طلّقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، و على الثانى المتعة و هو ظاهر.

و فى وجوب مهر المثل على الأوّل بنفس العقد أيضا إشكال، لأنّه لم يجر له ذكر فى العقد، و العقد بمجرده لا يتسبّب له، فلا سبب لوجوبه، و لذا نصّ فى المبسوط على عدم وجوبه فى صورة التفويض إلّا بالدخول «٢».

و يندفع بأنّه إذا بطل التفويض ثبت مقابله، و هو ثبوت المهر بالعقد، و إذا لم يعيّن فمهر المثل.

و للسيّد تزويج أمته مفوّضة فإنّ المهر له. فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشترى كان التقدير إلى المولى الثانى و الزوج و يملكه الثانى إذ لا مهر قبل الفرض أو الدخول.

و كذا لو أعتقها قبله فرضيت بالنكاح فالمهر لها، و التقدير إليها و إليه و قد تقدّم التردّد فى كون المهر لها بناء على أنّ مهر المفوّضة يجب بالفرض أو الدخول أو بالعقد، و يجرى الإشكال فى البيع.

ثمّ لا خلاف فى أنّ المفوّضة تستحق عند الوطء قبل الفرض مهر المثل و الأخبار به مستفيضة «٣». و إن طلّقها قبله فإن كان بعد

---

(١) نسبه فخر المحقّقين إلى الشيخ و لم يعيّن كتابه، راجع إيضاح الفوائد ج ٣ ص ٢١٤.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩۵.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢۴ ب ١٢ من أبواب المهور.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۴٣٣

فرض المهر ثبت نصف المفروض، و إن كان قبله ثبتت المتعة و قد نطق بهما الكتاب «١» و السنّة «٢».

و لا يجب مهر المثل و لا المتعة بنفس العقد خلافا لبعض الشافعيّة «٣» فأوجب الأوّل بالعقد.

و على المختار فلو مات أحدهما قبل الدخول و الطلاق و الفرض فلا شيء لها عندنا، و للعامّة قول بوجوب مهر المثل «۴». و بعد الدخول لها مهر المثل و بعد الفرض لها المفروض.

و لو تراضيا بعد العقد بالفرض، و هو تقدير المهر و تعيينه جنسا و وصفا أو مشاهدة صحّ لأنّ الحقّ لا يعدوهما سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، و سواء علما مهر المثل أو أحدهما أو جهلاه و للعامّة قول ببطلان الفرض عند جهلها أو جهل أحدهما به «۵» بناء على وجوب مهر المثل عندهم بالعقد، و أنّ المفروض بدل منه.

و الاعتبار فى مهر المثل بحال المرأة فى الجمال و الشرف و منه صراحة النسب و فى السنّ و البكارة و العقل و اليسار و العفّة و الأدب و أضدادها، و بالجملة ما يختلف به الأغراض و الرغبة فيها اختلافا بيّنا.

و عادة أهلها للأخبار «۶» و هى كثيرة، و محصّل المعنى أنّ المثليّة معتبرة بالأهل و الصفات جميعا كما سيصرّح به ما لم يتجاوز السنّة فى المهر و هو خمسمائة درهم، فإن تجاوز المهر فى عادة مثلها من أهلها فى الصفات ردّ إليها و لم يعط الزائد وفاقا للأكثر. لأنّ أحدا من النساء لا يقارب أحدا من بنات النبى صلّى اللّه عليه و آله فى شيء من الصفات.

---

(١) البقرة: ٢٣۶- ٢٣٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵۶ ب ۴٨ من أبواب المهور ح ٨.

(٣) المجموع: ج ١۶ ص ٣٧٢.

(۴) المجموع: ج ١۶ ص ٣٧٣.

(۵) المجموع: ج ١۶ ص ٣٧٣.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢۴ ب ١٢ من أبواب المهور.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۴٣۴

و لما تقدّم من قول الصادق عليه السّلام فى خبر المفضّل بن عمر: فمن زاد إلى ذلك ردّ إلى السنّة، و لا شيء عليه أكثر من الخمسمائة درهم «١».

و لخبر أبى بصير سأله عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة فوهم أن يسمّى صداقها قال:

السنّة، و السنّة خمسمائة درهم «٢».

و هما ضعيفان غير نصّين على المطلوب، و لذا قيل بعدم التحديد، و هو قوىّ، لإطلاق الأخبار «٣» بالرجوع إلى مهور نسائها، و قضاء العادة بأنّها إذا مكّنت كذلك، فإنّما رضيت بما جرت به عادة مثلها من نسائها، و تختلف العادات باختلاف الأزمنة و الأمكنة و القبائل، فلا يضرّ فضل بناته صلّى اللّه عليه و آله على سائر النساء، فى الصفات.

و هل المعتبر من أهلها العصبات أى الأقارب من قبل الأب خاصّة أو الأقارب مطلقا؟ إشكال من عموم نسائها فى الأخبار «۴» و هو المشهور و من أنّ العبرة فى الشرف بالآباء، و هو خيرة المهذّب «۵» و الجامع «۶» قالا: فإن لم يكن فغيرهنّ من ذوات

الأرحام، فإن لم يكن فمثلها من نساء بلدها.

أمّا الأمّ فليست من نسبها وفاقا للقاضي «٧» لأنّ الولد منسوب إلى الأب فالشرافة و ضدّها باعتباره دونها. فلا يعتبر بها و بمن انتسب إليها، إلّا مع فقد العلم بحال من انتسب إلى الأب أو الموافقة فى الشرافة و خلافها.

و به يرتفع الخلاف بين القاضي و غيره، فإنّ غيره من الشيخ «٨» و غيره صرّحوا باعتبار الشرافة و عدمها و من المعلوم أنّ العبرة فيهما بالأب، فلا معنى لاعتبارهم إلّا ما ذكرنا.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٨ ب ٨ من أبواب المهور ح ١۴.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ من أبواب المهور ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢۴ ب ١٢ من أبواب المهور.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢۴ ب ١٢ من أبواب المهور.

(۵) المهذّب: ج ٢ ص ٢١١.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۴٠.

(٧) المهذّب: ج ٢ ص ٢١٠.

(٨) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩٩.

و إليه أشار المصنّف حيث استشكل فى اعتبار الأقارب مطلقا، و قطع بعدم اعتبار الأمّ، و إلّا لم يكن لكلامه محصّل، فإنّ إطلاق الأقارب لا معنى له إلّا ما يشمل العصبات و غيرهنّ، و العصبات إنّما هنّ الأقارب من الأب.

نعم، يعتبر فى أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها كما ذكره الشيخ «١» و القاضي «٢» و غيرهما. فإنّ البلاد يتفاوت فى المهور تفاوتا بيّنا، فلو لم يعتبر البلد أشكل الأمر مع الاختلاف، و كما اعتبر الاختلاف فى الصفات لإيجابه اختلاف المهر لزم اعتبار الاختلاف فى البلد، و للضرر العظيم إن لم نعتبر البلد، و لأنّ الظاهر منها الرضا بمهر أمثالها فى البلد إذا مكّنت. و يحتمل عدم اعتبار البلد، لإطلاق الأخبار.

و يعتبر فيهم أن يكونوا فى مثل عقلها و جمالها و يسارها و بكارتها و صراحة نسبها، و بالجملة فى كلّ ما يختلف لأجله النكاح فى الرغبة و المهر لينضبط، و من ذلك تزويج مثلها بمثله، فإنّه يختلف به اختلافا بيّنا.

و الأقرب عدم تقديره بمهر السنّة فيما أشبه الجناية من الوطء الغير المأذون فيه شرعا أصالة كالنكاح الفاسد و وطء الشبهة بغير النكاح و الإكراه لأنّه إنّما يتلافى الجناية بما هو قيمة مثل المجنى عليه مع عدم المعارضة بما يقدّر، فإنّ الخبرين لا يتناولانه، و إنّما يقدّر مهر بناته صلّى اللّه عليه و آله بذلك فى النكاح.

و يحتمل التقدير لكشف التقدير به فى النكاح عن أنّه أقصى قيمته شرعا، و هو ممنوع.

و المعتبر فى المتعة بحال الرجل كما هو نصّ الكتاب «٣» فالغنيّ يمتّع بالدابّة أو الثوب المرتفع أو عشرة دنانير و مثّل ذلك لإطلاق النصّ،

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩٩.

(٢) المهذّب: ج ٢ ص ٢١١.

(٣) البقرة: ٢٣٦.

فما فى الخبر من «الدار و الخادم» «١» إنّما ذكر للتمثيل.

و المتوسّـط يمتّع بخمسـة دنانير أو الثوب المتوسّط أو نحو ذلك، و لا يأبى عن التوسّط الاقتصار فى الكتاب «٢» و السنّة «٣» على الموسع و المقتر، فإنّ المتوسّط داخل فيهما، فإنّ مراتب السعة و الإقتار مختلفة جدّا.

و يمتّع الفقير بدينار أو خاتم و شبهه و ما فى الخبر من «الخمار و الحنطة و الزبيب و الثوب و الدراهم» «۴» فعلى التمثيل.

و فى المبسوط: أنّ الاعتبار بهما جميعا عندنا، أى بحال الزوجين، قال: و قال قوم: الاعتبار به لقوله تعالى «وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ» و هذا هو الأقوى، و فيهم من قال: الاعتبار بها بحسب يسارها و إعسارها و جمالها «۵» انتهى.

و ما حكاه أخيرا قول للشافعى «۶» لأنّها بدل من مهرها و العبرة فيه بحالها، فكذا فى البدل، و الآية حجّة واضحة على اعتبار حاله، و لا ينـافى اعتبـار حالها أيضا، كما ينصّ عليه نحو قول الصادق عليه السّـلام فى خبر الحلبى: فليمتّعها على نحو ما يمتّع مثلها من النساء «٧».

و لا تستحقّ المتعة إلّا المطلقة التى لم يفرض لها مهر و لم يدخل بها أمّا عدم الوجوب للمطلّقة غيرها فهو المذهب، و الأصل من غير معـارض، فإنّ الآيـة «٨» و إن احتملت العمـوم لكن الظـاهر الاختصـاص، لوقـوعه بين الشـرطيّتين المتعـاطفتين، نعم تسـتحب للأخبار «٩».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٧ ب ۴٩ من أبواب المهور ح ٣.

(٢) البقرة: ٢٣۶.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٧ ب ۴٩ من أبواب المهور ح ٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٧ ب ۴٩ من أبواب المهور ح ١.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩۵.

(۶) الامّ: ج ۵ ص ٧١.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵۵ ب ۴٨ من أبواب المهور ح ٧.

(٨) البقرة: ٢٣۶.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵۴ ب ۴٨ من أبواب المهور.

و أمّـا غير المطلقـة ممّن لم يفرض لهـا و لا دخل بها، كالتى بانت بموت أو لعان أو فسـخ أو ردّة فالأكثر على عـدم الوجوب لها للأصـل. و فى المبسوط فى وجه إيجابهـا لكـلّ فراق من جهـة الزوج كإسـلامه و ارتـداده و لعـانه أو من جهتهمـا كالخلع أو من أجنبيّ كالرضاع «١» دون مـا كـان من جهتهمـا حتى فسـخ الزوج لما بها من عيب لكونها المدلّسـة، و هو اختيار المختلف و زاد وجوبها لزوجة العنّين إذا فسخت «٢» و لا دليل إلّا الحمل على الطلاق، و ليس قياسا، و وجوب نصف المهر لزوجـة العنّين فكـذا المتعة، و فيه أنّ وجوبه بالنصّ «٣» دون الحمل على الطلاق.

و لو اشترى زوجته المفوّضـة قبل الفرض و الـدخول فسد النكاح للملك و لا مهر لعدم الفرض و لا متعة لعدم الطلاق، و لأنّها لو وجبت لها لكانت للمشترى.

و للمفوّضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما تستحق بالوطء أو الموت أو للتشطير بالطلاق و ما حمل عليه و لها حبس نفسها عن الزوج للفرض و التسليم للمفروض، لما فى النكاح من معنى المعاوضة.

و حين الفرض لو اتفقا على الفرض جاز و أفق مهر المثل أو خالفه، علما به أو لا.

و إن اختلفا ففى فرض الحاكم إذا ترافعا إليه نظر من أنّه إثبات للمهر فى ذمّة الزوج، و لا يصحّ إلّا بتراضى الزوجين، و لا مدخل فيه لغيرهما، و أقربه أنّه يفرض لأنّه قطع للخصومة، و هو من شأنه مع حصول سببه بالعقد، فإنّها بالعقد تملك إن تملك. و لا يفرض إلّا مهر المثل كما فى قيم المتلفات ما لم يتجاوز السنّة فيردّ إليها، و قد نصّ عليه فى التحرير «۴». و أمّا إذا رضيا بفرضه فيلزمهما ما فرضه مطلقا، وافق مهر المثل أو لا، و أفق السنّة أو لا.

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۰.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۸۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۶۱۳ ب ۱۵ من أبواب العيوب و التدليس ح ۱.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۵ س ۲۸.

و لو فرضه أجنبىّ و دفعه إليها «۱» ثمّ طلّقها الزوج قبل الدخول احتمل بطلان الفرض و وجوب المتعة كما فى المبسوط «۲» فيردّ المهر المدفوع على الأجنبىّ، لأنّ فرض الأجنبىّ يوجب على الزوج مالا، و ليس وليّا و لا وكيلا و لا حاكما فى موضع له الإجبار و هو داخل فى الولىّ فكان وجود فرضه كعدمه.

و احتمل الصحّة، لأنّه يصحّ قضاؤه أى الأجنبىّ أو المهر عنه فصحّ فرضه لأنّه فرعه، و قد يمنع صحّة القضاء هنا، لأنّه إنّما يصحّ قضاء ما ثبت فى الذمّة.

و عليه يرجع نصفه أى المدفوع إمّا إلى الزوج، لأنّه ملكه ضمنا حين قضى الأجنبى به أى بما دفعه دينا عليه كما أنّ الرجل إذا أدّى مهر زوجة ابنه الصغير من ماله فبلغ، فطلّق قبل الدخول، رجع إليه نصف المهر لا إلى الأب، لما عرفته من أنّ أحد العوضين لا يدخل فى ملك أحد المتعاوضين إلّا بعد دفع العوض من ماله.

أو إلى الأجنبىّ، لأنّه دفعه ليقضى به ما وجب لها عليه، و بالطلاق سقط وجوب النصف، فيردّ النصف إليه، لأنّه لم يسقط به حقّ عمّن قضاه عنه و قد يقال: ثبت الحقّ بالفرض فصحّ القضاء، و السقوط طرأ بعده بالطلاق.

و بالجملة لا فرق بينه و بين الابن المزوّج بعد الحكم بصحّة الفرض.

و الجواب: أنّ تمام الحقّ ثبت على الابن بالعقد، و لم يثبت هنا إلّا بالفرض، و إنّما حكمنا بصحة الفرض هنا لأنّ القضاء فرعه، و لا دليل على صحّة القضاء بالنسبة إلى تمام الحقّ مع سقوط بعضه، إلّا أنّ فى التحرير: و كذا الإشكال لو تبرع أجنبىّ بأداء المسمّى قبل الطلاق، ثمّ طلّق الزوج، هل يرجع النصف إلى المتبرّع أو الزوج؟ «۳» و كذا فى المبسوط «۴».

---

(۱) فى القواعد: إليه.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۹۶.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۵ س ۳۳.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۹۶.

و لو لم ترض الزوجة بما فرضه الزوج بطل الفرض إلّا فيما يظهر الآن. فإن طلّقها قبل الدخول فالمتعة، و لم يكن لها نصف ما فرضه و إن كان قد رضى به حين فرضه لأنّها لم تقبله فلم يلزمه.

و يقبل «١» فرضه أى الزوج المهر إذا كان بقدر مهر المثل فصاعدا لأنّها لا تستحقّ الزيادة عنه، و لذا لو طلبتها لم يجب إليها، و إن فرضه الحاكم لم يتعدّه، و لإسناد الفرض فى الآية إلى الأزواج خرج فرض الأقلّ بالدليل. و أطلق فى المبسوط عدم اللزوم بفرض الزوج، و يصحّ فرضه «٢».

و إن كان محجورا عليه للفلس لأنّ الفرض إثبات فى الذمّة، و الحجر إنّما هو فى الأعيان، بخلاف الحجر للسفه فإنّه عامّ، و لحصول العقد الذى هو سبب الإلزام بالفرض إن لم يكن سبب لزومه.

و يلزمه ما فرض و إن زاد عن مهر السنّة لأنّه رضى بالزيادة، فلزمه كما فى الابتداء، لأنّ العوض الحقيقىّ للبضع مهر المثل أو ما تراضيا به كما فى قيم الأشياء، و الردّ إلى السنّة إن ثبت، فعلى خلاف الأصل، فيقتصر على موضعه الذى مرّ.

لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل فى المحجور عليه لأنّها استحقّته عليه قهرا، كما لو أتلف مالا بعد الحجر و خصوصا إذا دخل بها.

و فيه قبل الدخول- على ما مرّ من أنّها لا تملك شيئا بنفس العقد- نظر.

و يندفع بأنّها و إن لم تستحقّه بالعقد لكن استحقّت أن تستحقّه، و يلزمه بالفرض، و لحصول البضع المكافئ له، و فيه نظر.

و يتبع بالزيادة بعد فكّه أى الحجر عنه أو فكّه عن الحجر.

أمّا لو فرض أقلّ من مهر المثل فإن كان بقدر السنّة، فالأقوى اللزوم بناء على ما مرّ من ردّ مهر المثل إليها. و ينبغى أن لا يدخل بالمفوّضة إلّا بعد الفرض ليكون على بصيرة من أمرها.

---

(١) فى القواعد: تقبل.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩٧.

و لو وطأ المفوّضة بعد مضىّ سنين من عقدها و قد تغيّرت صفتها التى يختلف باختلافها المهر وجب مهر المثل معتبرا بحال العقد لأنّه حال تملّك البضع و حال تملّكها أن تملك المهر، مع احتمال الاعتبار بحال الوطء، لأنّه وقت وجوبه. و مهر المثل حالّ كالقيم، فإذا دخل أو فرضه الحاكم لزمه حالا.

و لو كان الزوج من عشيرتها، و العادة فى نسائها تخفيف المهر للقريب خفّف مهر مثلها. و كذا لو خفّف المهر عادة عن الشريف و بالجملة فكما يعتبر فى مهر المثل حالها فيما ذكر من الصفات يعتبر حالها من كونها زوجة مثل هذا الزوج فى الشرافة و اتحاد العشيرة، و قد أشرنا إليه هناك.

و يجوز إثبات الأجل فى المفروض بالتراضى كما يجوز التأجيل فيه فى ابتداء العقد، لأنّ الحقّ لا يعدوهما، فإذا رضيا به صحّ، و لعموم الفرض فى النصوص و انتفاء المانع، و احتمال الخلاف لكونه عوضا عن مهر المثل، و هو حالّ، ظاهر الضعف.

و يجوز الزيادة فى الفرض على مهر المثل لذلك سواء كان المفروض من جنسه أى مهر المثل أولا كعرض يزيد قيمته عليه، خلافا لبعض الشافعيّة فيما إذا كان من جنسه لما أنّه بدله، فلا يزاد عليه، قالوا: و أمّا إذا اختلف الجنس فالزيادة غير متحقّقة، فإنّ القيم ترتفع و تنخفض «١».

و لو أبرأته قبل الوطء و الفرض و الطلاق من مهر المثل أو المتعة أو منهما لم يصحّ فإنّه إبراء ما لم يثبت.

و لو قالت: أسقطت حقّ طلب الفرض، لم يسقط لتجدّده كلّ وقت، فإنّما يسقط به السابق، كما أنّه لا يسقط بالإسقاط حقّ المطالبة من المولى منها.

و لو كان نساؤها من عادتهنّ أن ينكحن بألف مثلا مؤجّلة لم يثبت الأجل فى مهر مثلها لما عرفت من أنّ مهر المثل حالّ كقيم المتلفات،

---

(١) مغنى المحتاج: ج ٣ ص ٢٣٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۴۱

و ذكر الألف مع أنّه فى المثال. و يجوز أن لا يراد به الدراهم بل ما يساوى ألف منه خمسمائة درهم لا يفيد اعتبار تمامها فى اعتبار مهر المثل لينافى ما اختاره من الردّ إلى السنّة، و هو ظاهر.

لكن لمّا كان للأجل قسط من العوض وجب أن ينقص بقدره منها أى الألف على ما هو المعتاد من نقص مهر من كان مهرها مؤجّلا إلى كذا ألفا إذا أصدقت حالّا، إلّا أن يؤجّل المفروض بمثل ذلك الأجل مع التراضى، و أمّا فى الدخول فلا يتصوّر التأجيل.

و لو سامحت واحدة أو أزيد من مثلها من العشيرة فى مهرها لم يعتبر بها قطعا.

و الاعتبار فى الوطء فى النكاح الفاسد إذا أوجب المهر بمهر المثل يوم الوطء لا يوم العقد فإنّه لا سببيّة للعقد هنا.

و إذا اتحدت الشبهة اتحد المهر، و إن تعدّد الوطء فإنّه بمنزلة الوطء الصحيح، و الوطء عن النكاح الصحيح لا فرق بين الواحد منه و المتعدّد فى اتحاد المهر، و أمّا مع تعدّد الشبهة فإنّه منزّل منزلة وطئين فى نكاحين فيلزمه مهران.

و لو لم يكن شبهة كالزانى مكرها وجب بكل وطء مهر لأنّ السبب هو استيفاء منفعة البضع، و هو الوطء مكرها، فإذا تعدّد تعدّد المسبّب، و قد سبق منه استشكال فيه.

و إذا وجب المهر الواحد بالوطء المتعدّد و هو ما بالشبهة الواحدة اعتبر فى مهر مثلها أرفع الأحوال التى لها من الوطء الأوّل إلى الآخر، لأنّ الوطء الواقع فى تلك الحالة موجب لمهرها حينئذ، لما عرفت من أنّ سبب المهر هو الوطء دون النكاح و إن وقع فاسدا، فلا يسقطه انضمام الوطء فى غيرها.

و لو دخل و لم يسمّ شيئا فى العقد و لا بعده و قدّم لها قبل الدخول

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۴۲

شيئا قيل فى المقنعة «١» و النهاية «٢» و المراسم «٣» و الغنية «۴» و السرائر «۵» و الجامع «۶» و غيرها: كان ذلك مهرها، و لا شى‌ء لها بعد الدخول، إلّا أن تشارطه قبل الدخول على أنّ المهر غيره و بكونه بعض المهر أو مباينا له للإجماع كما فى السرائر «٧» و لدلالة التمكين على الرضا بذلك مهرا كما فى المقنعة «٨» و هو ممنوع.

و لقول الباقر عليه السّلام فى صحيح الفضيل- فى رجل تزوّج امرأة و دخل بها و أولدها ثمّ مات عنها فادّعت شيئا من صداقها على ورثة الزوج فجاءت تطلبه منهم و تطلب الميراث-: أمّا الميراث فلها أن تطلبه، و أمّا الصداق فالذى أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها فهو الذى حلّ للزوج به فرجها، قليلا كان أو كثيرا، إذا هى قبضته منه و قبلته و دخلت عليه فلا شى‌ء لها بعد ذلك «٩».

و ربما كان معناه:

و قبلته مهرا فلم يبق إلّا الإجماع، فإن تمّ صحّ الحكم.

و فى المختلف: إنّه كانت العادة فى الزمن الأوّل تقديم المهر على الدخول، و الآن بخلافه، و لعلّ منشأ الحكم العادة، فإن كانت العادة فى بعض الأزمان أو الأصقاع كالعادة القديمة كان الحكم ذلك «١٠» و إلّا فلا.

و لو فرض الفاسد طولب بغيره أن يفرضه، نعم إن رضيت بالفرض كان كتسمية نحو الخمر فى العقد فى جريان القولين من الفساد و الرجوع الى القيمة كما تقدّم.

[القسم الثانى تفويض المهر]

القسم الثانى تفويض المهر.

---

(١) المقنعة: ص ٥٠٩.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ٣٢١- ٣٢٢.

(٣) المراسم: ص ١٥٢.

(۴) الغنية: ص ٣۴٨.

(۵) السرائر: ج ٢ ص ۵٨١.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۴١.

(٧) ادّعى فى السرائر الإجماع على أصل الحكم و لم يذكر الاستثناء هنا، راجع السرائر: ج ٢ ص ۵٨١.

(٨) المقنعة: ص ٥٠٩.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١٧ ب ٨ من أبواب المهور ح ١٣.

(١٠) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٣٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۴٣

و هو أن يذكر المهر على الجملة أى مبهما، و يفوّض تقديره إلى أحد الزوجين بعينه كما هو الظاهر من التمثيل و التحرير، أو مطلقا كما ربما يظهر من الخلاف «١» و المبسوط «٢» و السرائر «٣»، أو إليهما جميعا كما فيها و فى التحرير «۴» للأصل، و لعموم كون المؤمنين عند شروطهم «۵»، و المهر ما تراضيا عليه، و الأولويّة من تفويض البضع مع الاتفاق فى المقتضى.

أو أجنبىّ على إشكال من مثل ذلك، من الأصل و ما بعده حتّى الأولوية بناء على إمضاء فرض الأجنبىّ فى المفوّضة البضع على ما مرّ من الاحتمال، و أنّه كالنائب عنهما.

و من انتفاء النصّ لاقتصاره على أحدهما، و أنّه معاوضة، فتقدير العوضين إنّما يفوّض إلى المتعاوضين دون الأجنبىّ، و ضعفهما ظاهر بعد ما عرفت. مثل زوّجتك على أن تفرض ما شئت أو ما شئت أو ما شئنا أو ما شاء زيد و يصحّ دخول الجميع تحت يفرض بالبناء للمجهول، و هو ظاهر و تحت تفرض بالخطاب لكون الرضا به فرضا منه. و يجوز كون التقدير أو افرض ما شئت، أو يفرض ما شاء زيد، أو زوّجتك على ما تفرضه أو أفرضه أو نفرضه أو يفرضه زيد.

فإن كان تقديره مفوّضا إلى الزوج لم يتقدّر قلّة و كثرة، بل يلزم الزوجة ما يحكم به من المهر سواء زاد عن مهر المثل أو نقص عنه إن كان ممّا يتموّل أو ساواه، لدخولها على ذلك و الاشتراط فى العقد و إن كان إلى الزوجة لم يتقدّر قلّة و هو ظاهر.

و أمّا الكثرة فلا يقضى لها أن تزيد على خمسمائة درهم إلّا برضاه، و الفارق النصّ، ففى صحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه

السّلام قال: فإن طلّقها

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۳۸۰ المسألة ۲۱.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۹۷.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۳.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۶ س ۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰ ب ۲۰ من أبواب المهور ذيل الحديث ۴.

و قد تزوّجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة درهم.

فهو مهر نساء النبيّ صلّى اللّه عليه و آله «۱».

و عن زرارة سأله عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة على حكمها، قال: لا يجاوز بحكمها مهر نساء آل محمد صلّى اللّه عليه و آله اثنتى عشرة أوقية و نش، و هو وزن خمسمائة درهم من الفضّة، قلت: أ رأيت إن تزوّجها على حكمه و رضيت؟ قال: ما حكم من شي‌ء فهو جائز لها قليلا كان أو كثيرا قالت: قلت: كيف لم تجز حكمها عليه و أجزت حكمه عليها؟ فقال: لأنّه حكمها، فلم يكن لها أن يجوز ما سنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و تزوّج عليه نساؤه فرددتها إلى السنّة، و لأنّها هى حكمته و جعلت الأمر فى المهر إليه و رضيت بحكمه فى ذلك، فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان أو كثيرا «۲».

و لا غبار على ما أبدى فيه من الفرق كما توهّم، فإنّ للمهر فى الكثرة حدّا مسنونا دون القلّة.

و ظاهر الخلاف «۳» الإجماع على الحكمين، أعنى جواز حكمه عليها مطلقا، و عدم جواز حكمها بما فوق الخمسمائة، و صريح السرائر الإجماع على الثانى «۴»، و تواتر الأخبار به. و لو لا ذلك أمكن احتمال عدم جواز حكمه عليها بما دون مهر المثل كما فى الصحيح عن أبى بصير سأل الصادق عليه السّلام عن الرجل يفوّض إليه صداق امرأته فينقص عن صداق نسائها، قال: يلحق بمهر نسائها «۵». فليحمل على الندب و إن كان التقدير إليهما معا أوقف حتى يصطلحا كما فى المبسوط «۶» و التحرير «۷».

و يحتمل الرجوع إلى الحاكم و إلى مهر المثل، و إن كان إلى أجنبىّ فالظاهر الاقتصار على مهر المثل، إلّا أن يصرّحا بالرضا بما يفرضه أيّا كان.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۲ ب ۲۱ من أبواب المهور ح ۲، و فيه: درهم فضة.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱ ب ۳۱ من أبواب المهور ح ۱.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۳۸۱ المسألة ۲۱.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۵۹۳.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۲ ب ۲۱ من أبواب المهور ح ۴.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۲۹۷.

(۷) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۶ س ۵.

و لو طلّقها قبل الفرض و الدخول الزم من فوّض إليه الحكم به و كذا بعد الدخول، و لكن إذا كان قبل الدخول يثبت لها

النصف ممّا يحكم به خاصة، و إلزامه بالحكم لاشتراطه فى العقد، و به يخرج عن غير المفروض لها فإنّه فرض مجمل. و يدلّ عليه ما تقدّم من صحيح محمّد بن مسلم «۱» مع عدم القول بالفرق بينها و بين غيرها.

و إنّما يثبت نصف المحكوم به ما لم تزد المرأة إن فوّض الحكم إليها عن مهر السنّة و إلّا فإمّا أن تلزم على فرض آخر، أو يردّ إليه فيثبت نصفه.

و لو مات الحاكم أيّا من كان قبله أى الحكم و قبل الدخول فلها مهر المثل لأنّها لم يفوّض بضعها، بل سمّى لها فى العقد مهر مبهم فاستحقّت المهر بالعقد، و لمّا لم يتعيّن، وجب الرجوع إلى مهر المثل.

و يحتمل وجوب المتعة كما ذهب إليه الأكثر، لصحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام فى رجل تزوّج امرأة على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعة و الميراث و لا مهر لها «۲». و لعدم إخلاء النكاح عن المهر، و لا تسمية و لا دخول ليلزم عوض مثل البضع فلا بدّ من المتعة، إذ لا رابع.

بخلاف مفوّضة البضع حيث رضيت بالنكاح بغير مهر فلا يثبت لها شيء، و قد يستضعف دلالة الخبر لكون الظاهر أنّ النشر على ترتيب اللفّ، فيكون الحكم بالمتعة فيما إذا مات المحكوم عليه لا الحاكم، و لاختصاص الجواب فيه بموت الزوج، إذ لو ماتت لم يكن لها ميراث، و لا تتم المقايسة بإيجاب المتعة لها و الميراث له.

و يندفع الأوّل بأنّه لا حجة لثبوت المتعة بموت المحكوم عليه مع بقاء الحاكم، فإنّ: «المؤمنين عند شروطهم» و انعقد النكاح على حكمه، فإذا كان باقيا كان له

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۲ ب ۲۱ من أبواب المهور ح ۲.

(۲) المصدر السابق.

الحكم، و لا أثر لموت المحكوم عليه، كيف و قد نصّ فى الخبر «۱» بعد ما ذكر على أنّ له الحكم مع الطلاق القاطع لعلاقة الزوجية، بخلاف الموت فلا بدّ من الحمل على موت الحاكم جمعا بين طرفيه و بينه و بين الأصول.

و الثانى بعدم الفارق بين الموتين.

و قيل فى السرائر «۲»: ليس لها أحدهما أمّا المهر فلما مرّ، و أمّا المتعة فلاختصاصها بالطلاق، و الأصل.

[الفصل الرابع فى التنصيف]

اشارة

الفصل الرابع فى التنصيف للمهر و العفو عنه إذا دخل الزوج و يتحقّق بالوطء قبلا أو دبرا لا بما يقوم مقامه من إنزال بغير إيلاج أو لمس عورة أو نظر إليها أو قبلة كما قاله أبو على «۳» و لا بالخلوة كما سيأتى استقرّ استحقاق المرأة كمال المهر بالإجماع و النصوص «۴». و أمّا عدم الاستقرار بالمقدّمات أو الخلوة فلما سيأتى.

و تملك الجميع بالعقد وفاقا للمشهور، لأنّه شأن المعاوضات، و لأنّه يملك البضع به فتملك هى المهر، و لإطلاق «وَ آتُوا النِّساءَ صَدُقاتِهِنَّ» «۵» و يؤكّده إضافة الصدقات إليهنّ الدالّة على الاختصاص بهنّ، و لما دلّ من الخبر «۶» على كون النماء لها كما

سيظهر الآن.

و النماء المتصل و المنفصل و الزيادة عينا أو صفة أو هما أو قيمة لها، سواء كان طلّقها قبل الدخول، أو لا كما نصّ عليه في خبر عبيد ابن زرارة قال للصادق عليه السّلام: رجل تزوّج امرأة أمهرها مهرا فساق إليها غنما

---

(١) المصدر السابق.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ٥٨٧.

(٣) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٤٠.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۶۵ ب ۵۴ من أبواب المهور.

(۵) النساء: ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴٣ ب ٣۴ من أبواب المهور.

و رقيقا فولدت عندها ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، قال: إن كان ساق إليها ما ساق و قد حملت عنده فله نصفها و نصف ولدها، و إن كانت حملت عندها فلا شي‌ء له من الأولاد «١».

و لها التصرف فيه قبل قبضه لتسلّط الملّاك على أموالهم، و منعها منه الشيخ في الخلاف «٢» لعدم الدليل عليه، كما دلّ الإجماع عليه بعد القبض، و ضعفه ظاهر ممّا عرفت، و لنهيه صلّى اللّه عليه و آله عن بيع ما لم يقبض «٣». و هو مع التسليم لا يدلّ على الفساد.

و يمكن حمله على الكراهة، و لا يفيد النهي عن سائر التصرّفات، و لا يملّكها أبو علي بالعقد إلّا النصف «۴» لظاهر عدّة من الأخبار، كخبر محمّد بن مسلم سأل الباقر عليه السّلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها «۵». و خبر يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السّلام قال: لا يوجب المهر إلّا الوقاع «۶».

و الوجوب ظاهر في الثبوت و الاستقرار، و لأنّ أبا بصير في الصحيح سأل الصادق عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة على بستان له معروف و له غلّة كثيرة ثمّ مكث سنين لم يدخل بها ثمّ طلّقها، قال: ينظر إلى ما صار إليه من غلّة البستان من يوم تزوّجها فيعطيها نصفه و يعطيها نصف البستان، إلّا أن تعفو فتقبل منه و يصطلحا على شي‌ء ترضى منه فإنّه أقرب للتقوى «٧».

و يجوز أن يكون الغلّة من زرع يزرعه الرجل، و أن يكون الصداق هو البستان دون أشجاره، و على التقديرين، فليست الغلّة من نماء المهر فيختصّ بالرجل، فالأمر بدفع النصف منها محمول على الاستحباب، كما يرشد إليه قوله عليه السّلام: فإنّه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴٣ ب ٣۴ من أبواب المهور ح ١.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ٣٧٠ المسألة ٧.

(٣) السنن الكبرى: ج ۵ ص ٣١٣.

(۴) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١۴٠.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۶۶ ب ۵۴ من أبواب المهور ح ٧.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۶۶ ب ۵۴ من أبواب المهور ح ۶.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴١ ب ٣٠ من أبواب المهور ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۴٨

أقرب للتقوى. و لعلّه عوض عن أجرة الأرض، و لأنّها لو ملكته استقرّ، و لم يزل إلّا بناقل من بيع و نحوه، و الملازمة ثمّ بطلان اللازم ممنوع، و يمكن أن يكون أراد الاستقرار فلا خلاف.

و لا يجب كماله بالخلوة بها و إن كانت تامّة بحيث لا مانع من الوطء على رأى موافق للمشهور للأصل و الأخبار المعلّقة له على الوطء «١» و قوله تعالى «مٰا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ» «٢» للاتفاق على أنّه بمعنى الوطء، و لتردّده بين معناه اللغوىّ و الشرعىّ، و الأوّل باطل اتفاقا، فتعيّن الثانى و هو الوطء. خلافا لبعض كما نقل فى الخلاف «٣» لظاهر بعض الروايات، و قد عرفت سابقا أنّ المراد منها أنّ القول قولها إذا ادّعت الدخول للظهور.

فإن دخل بها و كان قد سلّمه إليها، و إلّا كان دينا عليه إن لم يكن عينا، و إلّا فالعين ملك مستقر لها، و لعلّ المراد ما يعمّه لا يسقط بالدخول طالت المدّة بعد الدخول من غير مطالبة أو قصرت مات أحدهما و لم تطالب فى الحياة أو لا، و كذا إن طلّقها و لم تطالبه قبله وفاقا للمشهور للأصل.

و الإجماع كما يظهر من الانتصار «۴». و قوله تعالى «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ» «۵».

و الأخبار كحسن البزنطى قال للرضا عليه السّلام: الرجل يتزوّج المرأة على الصداق المعلوم، يدخل بها قبل أن يعطيها، قال: يقدّم إليها ما قلّ أو كثر، إلّا أن يكون له وفاء من عرض إن حدث به حدث أدّى عنه فلا بأس «۶». و خبر عبد الحميد بن عواض بعدّة طرق سأل الصادق عليه السّلام عن الرجل يتزوّج المرأة فلا يكون عنده ما يعطيها، فيدخل بها، قال: لا بأس، إنّما هو دين لها عليه «٧».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۶۶ ب ۵۴ من أبواب المهور ح ۶ و ٧ و ب ۵۵ ص ۶٧ ح ١.

(٢) البقرة: ٢٣۶.

(٣) الخلاف: ج ۴ ص ٣٩۶ المسألة ۴٢.

(۴) الانتصار: ص ١٢٢.

(۵) النساء: ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١۴ ب ٨ من أبواب المهور ح ١.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١۴ ب ٨ من أبواب المهور ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۴٩

و فى التهذيب «١» و الاستبصار «٢» عن بعض الأصحاب السقوط بالدخول، و ذهب الصدوق «٣» و الحلبى «۴» إلى أنّها إن أخذت شيئا منه قبل الدخول سقط الباقى، إلّا أن توافقه على بقاء الباقى دينا عليه، و هما مخالفان للأصول، و ما وافقهما من الأخبار الناطقة «۵» بهدم الصداق، أو العاجل منه، أو إسقاط المطالبة بعد الطلاق أو الموت إن لم تطالب قبله، أو أنّ المهر ما أخذته قبل الدخول محمولة إمّا على هدم المطالبة للتمكين ثانيا، أو على أنّ الظاهر من التمكين إمّا القبض أو الإبراء، خصوصا إذا تأخرت المطالبة من الطلاق أو الموت، فلا يقبل قولها فى الاستحقاق.

و إن طلّق قبل الدخول وجب عليه نصف المسمّى خاصّة، سواء قلنا بكون الطلاق قبله مسقطا للنصف، أو بأنّ الدخول هو الموجب للنصف الآخر بالإجماع و النصوص من الكتاب «۶» و السنّة «٧».

و الفسخ كالطلاق فى إسقاط النصف إن كان قبل الدخول فى أحد القولين بناء على أنّها لا تملك بالعقد إلّا النصف أو

المشاركة له فى المعنى.

و الأقوى عدم الإسقاط، لما عرفت من قوّة ملكها الجميع بالعقد، و كون الحمل على الطلاق قياسا إلّا ما يكون منها، و ما يكون لعيب غير العنّة فإنّه يقتضى سقوط جميع المهر لأنّه لا يسلّم أحد العوضين إذا امتنع المعاوض من تسليم العوض الآخر و فسخه لعيبها بمنزلة فسخها، لأنّه مسبّب عمّا فيها كما عرفت فيما تقدّم، و أمّا العنّة فخرجت عن العيوب بالنصّ «٨» كما مرّ.

---

(١) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣۶٠ ذيل الحديث ١۴۶٣.

(٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٢٢٣ ذيل الحديث ٨٠٩.

(٣) انظر الهداية: ص ۶٨.

(۴) الكافى فى الفقه: ص ٢٩۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١۴ ب ٨ من أبواب المهور.

(۶) البقرة: ٢٣٧.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۶١ ب ۵١ من أبواب المهور.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۶١٠ ب ١۴ من أبواب العيوب و التدليس ح ٢.

ثمّ المطلق إن كان قد دفع إليها المهر استعاد نصفه سواء أخرجناه عن ملكه بالعقد أم لا فإن كان قد تلف فنصف مثله أو نصف قيمته أو قيمة نصفه فإن اختلفت القيمة فى وقت العقد و القيمة فى وقت القبض لزمها الأقلّ من القيم من حين العقد إلى حين التسليم لما عرفت من أنّها ملكته بتمامه بالعقد، و أنّ الزيادة لها، و ليس النقصان عليها، فإنّه ليس مضمونا عليها للزوج، لأنّه ملكها خصوصا و لم يسلّم إليها، فإن زادت حين التسليم لم تستحق الزيادة، و إن نقصت حينه لم تضمن له النقصان و إن نقصت فى البين ثمّ زادت فالزيادة متجدّدة فهى لها، غير مستحقّة له، و لا اعتبار بالنقصان بعده، لتعلّق حقّ الاستعادة به حين التسليم.

و إن تعيّب قيل فى الإصباح «١»: يرجع فى نصفه القيمة لأنّ العين بتعيّبها كالتالفة، فإن اختلفت فأقلّ ما بين العقد و القبض.

و فى المبسوط «٢» و الجامع «٣»: له أن يرجع فيه لما ذكر، و أن يرجع فى نصف العين بلا أرش، لأنّ الرجوع إلى القيمة لكونها أقرب الأشياء الى العين، فالعين أولى. و لقوله تعالى «فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ» «۴» و هى عين المفروض، و إن تعيّبت و لمّا كان التعيّب فى ملكها لم تضمن الأرش. و لم يصرّحا بنفى الأرش، لكن لمّا لم يتعرّضا له فظاهر هما النفى.

و فى المهذّب «۵»: إنّ العيب إن كان منها أو من اللّه تخيّر بين أخذ نصفه ناقصا و أخذ القيمة يوم القبض، و إن كان من أجنبىّ تعيّن أخذ القيمة يوم القبض، فإنّه إن كان من أجنبىّ استحقّت عليه الأرش، فكان المهر هو الموجود مع الأرش، فالنقصان محسوب فيكون كالتالف، و إن كان منها أو من اللّه لم يحسب النقصان، فكانت العين كالتامّة من وجه و التالفة من آخر، و اعتبار قيمة يوم القبض، لأنّه يوم تعلّق حقّ الاستعادة به.

---

(١) إصباح الشيعة (سلسلة الينابيع الفقهية): ج ١٨ ص ٣٣٩.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢٧٧.

(٣) الجامع للشرائع: ص ۴۴٠.

(۴) البقرة: ٢٣٧.

(۵) المهذّب: ج ۲ ص ۲۰۸.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۷، ص: ۴۵۱

و لخبر علیّ بن جعفر عن أخیه عن أبیه عن علیّ علیه السّلام فی الرجل یتزوّج المرأة علی وصیف، فکبر عندها، و یرید أن یطلّقها قبل أن یدخل بها، قال: علیها نصف قیمته یوم دفعه إلیها، لا ینظر فی زیادة و لا نقصان «۱».

و الأقرب أنّه یتعیّن علیه الرجوع فی نصف العین و لکن مع الأرش لأنّها عین المفروض و إن تعیّبت، و الرجوع إلی القیمة إنّما یکون عند تعذّر العین، و لمّا قبضتها صارت فی ضمانها، فکما یتضمّن له العین فکذا أجزاؤها و صفاتها.

و قد یقال: منشأ الخلاف أنّ معنی «مٰا فَرَضْتُمْ» هل هو الماهیّة و حدها أو مع صفاتها؟ فعلی الأوّل یتعیّن الرجوع فی نصف العین، و علی الثانی یتعیّن أو یتخیّر القیمة.

أمّا لو نقصت قیمته لتفاوت السعر فإنّ له نصف العین قطعا من غیر احتمال للرجوع إلی القیمة عینا أو تخییرا.

و کذا لو زادت القیمة لزیادة السوق فإنّ له النصف من غیر ردّ لشیء، فإنّ العین علی التقدیرین باقیة من غیر زیادة و لا نقصان.

و تضمن الزوجة للزوج النقص للقیمة لتفاوت السعر مع التلف دون الزیادة یعنی إذا نقصت القیمة بعد القبض لنقصان السعر ثمّ تلفت العین ثمّ طلّقها کان علیها ردّ نصف القیمة قبل النقص، لما عرفت من أنّه لا عبرة بالنقص بعد القبض.

و لو زادت القیمة بعد القبض لزیادة السعر ثمّ تلفت کان علیها ردّ نصف القیمة قبل الزیادة، إذ الزیادة بعد القبض أولی بعدم الاعتبار من النقصان.

و إن زادت العین زیادة منفصلة أو الفاعل هو الزیادة المنفصلة کالولد و الثمر فالزیادة لها خاصّة لأنّها نماء ملکها و خارج عن المفروض، فلیس للزوج فیها حقّ، و لا فرق بین الزیادة قبل قبضها أو بعده.

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۴ ب ۳۴ من أبواب المهور ح ۲.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۷، ص: ۴۵۲

و إن کانت الزیادة متّصلة عینا أو صفة کسمن أو تعلّم صنعة، کانت أیضا من نماء ملکها أو خارجة عن المفروض، فلا یکون للزوج الرجوع فی نصف العین بدون رضاها، للزوم التسلّط علی مالها، و لا فی نصف القیمة «۱» کذلک، لوجود عین المفروض من غیر شوب شبه بالتالف کما فی النقصان، بل تخیّرت بین دفع نصف العین الزائدة من غیر استرداد شیء بإزاء الزیادة، لأنّها لا تتقوّم منفردة، فإذا بذلت من العین فلا بدّ من بذلها النصف و إن زاد فی الصفة. أو دفع نصف القیمة للعین من دونها أی مجرّدة عن الزیادة، و یلزمه القبول علی التقدیرین فإنّ الأوّل: حقّه مع زیادة، و المانع امتزاج الحقّین، و ینتفی برضاها، و لا یعظم الامتنان بمثل ذلک، لیمنع من القبول، خصوصا و یعارضه التشطیر، فربما یکون أرضی بالقیمة، فلا یمنّ بالعین. و الثانی: عوضه اللازم قبوله، لوجوب تجنّبه عن حقها بغیر إذنها الذی لا یتمّ إلّا بالتجنّب عن العین رأسا، و لدوران حقّه بین الأمرین، و قد عرفت نفی الاختیار عنه، فیلزمه قبول ما اختارته له.

و لا یرد أنّ له تأخیر المطالبة إلی أن تفوت العین فیلزمها القیمة، أو یفوت کمالها فیلزمها من العین، لتضرّرها بشغل الذمّة. و لا احتمال أن یکون للزوج اختیار الرجوع فی نصف العین بأن یشارکها فیها مجرّدة عن الزیادة، لأنّ الزیادة لا تستقلّ بالتقویم کما عرفت، و لا بدّ حینئذ من تقویمها منفردة، فإنّه إذا شارکها فی السمن- مثلا- کان لها نصف العین و کلّ السمن، و إذا شارکها فیما کبر عن صغر کان لها نصف العین و کلّ الکبر و نحو ذلک.

و تردّد الشیخ فی المبسوط «۲» بین ما ذکره المصنّف، و أنّ له الرجوع فی نصف العین مع ما فیه من الزیادة و إجبار الزوجة علیه،

لكونه نصف المفروض فيعمّه عموم النصوص «٣» و لم يعهد نماء متّصل لا- يتبع الأصل و يمنع من الرجوع فيه فى غير هذه المسألة.

---

(١) فى ن: نفس القيمة.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢٧٨.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

و لو زادت و نقصت باعتبارين كتعليم صنعة و نسيان اخرى و ككبر و هزال تخيّرت فى دفع نصف العين مع ما فيها من الزيادة بلا أرش للنقصان أو مع الأرش. أو نصف القيمة بلا- اعتبار للزيادة أو النقصان، بل ليوم القبض، أو لأقلّ ما بينه و بين العقد، و لا تجبر على نصف العين للزيادة. و فى تخيّر الزوج وجهان ممّا مرّ فى التعيّب.

فإن أوجبنا عليه أخذ العين مع الأرش أو لا معه اجبر عليها هنا إذا دفعتها إليه و إلّا نوجبه عليه بل خيّرناه كما اختاره الشيخ تخيّر أيضا كما نصّ عليه، فله أن لا يقبلها للنقص، قال: فإن تراضيا على شىء فذاك، و إن أبت التسليم كان كالتالف فيكون له عليها نصف القيمة أقلّ ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين القبض «١».

و لو تعيّب فى يده لم يكن له إلّا نصف المعيب من غير أرش، لأنّ المعيب فى يده مضمون عليه لها. فإن كان قد دفع إليها أرشا رجع بنصفه أيضا و هو ظاهر، و يجرى على ما مرّ من تنزيل المعيب منزلة التالف التخيير بين العين و القيمة أيضا، و لا يعيّن العين أخذ المرأة لها، فإنّه لا يجعلها المهر المفروض، و لذا قالوا: إذا تعيّب المهر فى يده تخيّرت المرأة بين أخذ العين و القيمة، لتلف العين بالتعيّب، فإذا رضيت بالعين فليس، لأنّه المفروض، بل لأنّه عوضه كالقيمة، فللزوج إذا طلّقها أن لا يرضى إلّا بالقيمة.

و لا يشترط فى تحقّق الزيادة المتّصلة زيادة القيمة بها بل إنّما يشترط ما فيه غرض مقصود و لذا يقال: إنّ كبر العبد- مثلا زيادة من جهة القوّة على الخدمة و الصبر على الشدائد، و زيادة العقل و نقص من جهة القيمة. و كذا الجبّ زيادة من جهة القيمة و نقص من جهات اخرى.

و حمل الأمة زيادة من وجه الحمل و نقصان من آخر كما نصّ

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٧٨.

عليه فى المبسوط «١» لأنّ الحمل فى بنات آدم نقص لإيجابه الضعف فيها، و النقص فى جمالها، و للخطر عند الولادة.

و الحمل فى البهيمة زيادة محضة، إلّا إذا أثّر فى إفساد اللحم إن كانت مأكولة، أو فى القوّة على الحمل و نحوه إن كانت مركوبة أو محمولة، فالتأثير فى اللحم مثال، و بدون التأثير فى أحدهما لا يعدّ نقصا، للبعد عن الخطر و عدم اعتبار الجمال.

و الزرع و الغرس للأرض نقص لإضعاف قوّتها، و استحقاق الإبقاء إلى الحصاد، لأنّها زرعت فى ملكها.

و الطلاق مقتض لملك الزوج نصف المفروض كما فى المبسوط «٢»، لقوله تعالى: «فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ» «٣» فإنّ المعنى: فلكم، و اللام هنا ظاهرة فى التمليك، فهو كقوله: «وَ لَكُمْ نِصْفُ مٰا تَرَكَ أَزْوٰاجُكُمْ «۴». و لأنّ الفسخ و الردّة و نحوهما يملّك بنفسه تمام المهر، فكذا المنصّف «۵».

لا لتملّكه أن يملك ذلك باختياره كالشفيع كما قاله بعض العامّة «۶»، و احتمله فى التحرير «۷» لأصالة بقاء ملكها، و عدم العلم

بالتمليك، و عدم تعيّن الآية لجواز كون اللام للاختصاص باعتبار تملّك الاختيار.

و على المختار فلو زاد بعد الطلاق قبل الاختيار فله نصف الزيادة متّصلة أو منفصلة، لأنّها زادت فى ملكه، و على الآخر كان كالزيادة قبل الطلاق فى كونها لها، فإن كانت منفصلة اختصّت بها، و إن كانت متّصلة فالوجهان المتقدّمان.

و لو زال ملكها عن المهر قبل الطلاق بجهة لازمة كالبيع اللازم و العتق و الهبة اللازمة كان كالتالف، و لزم للزوج مثل النصف

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۳.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۷۹.

(۳) البقرة: ۲۳۷.

(۴) النساء: ۱۲.

(۵) فى المطبوع: النصف.

(۶) الشرح الكبير: ج ۸ ص ۴۳.

(۷) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۶ س ۲۷.

أو قيمته أو نصف القيمة، و هو المناسب لما تقدّم، و الفرق بينهما بيّن، فإنّ قيمة النصف ربما ينقص عن نصف القيمة.

فإن عاد إلى ملكها بعد الدفع للمثل أو القيمة لم يكن له أخذ النصف من العين، لأنّه سقط حقّه من العين بأخذ المثل أو القيمة.

و إن عاد قبله أى الدفع يرجع فى العين لزوال المانع من الرجوع فيها قبل سقوط حقّه منها بأخذ المثل أو القيمة، و لأنّ الرجوع إليهما لتعذّر العين مع كونهما أقرب الأشياء إليها، و لا تعذر حينئذ.

و يحتمل العدم لسقوط حقّه من العين أوّلا. و كون العود تملّكا لا من جهة الصداق.

و لو تعلّق به حقّ لازم من غير انتقال كالرهن و الإجارة تعيّن عليها البدل لسبق تعلّق حقّ المرتهن و المستأجر بالعين، فليس لها تسليمها إليه، و لا عليه الرضا بالعين مع تعلّق حقّ الغير بها.

و قد يقال فى الإجارة: إنّ العين نقصت مما كانت، لاستحقاق الغير منفعتها.

و فيه أنّ النقص المنزّل للعين منزلة التالف فى وجه إنّما هو ما فى العين، فإنّ المنفعة تابعة. و يشكل الحكم بتعيّن البدل مع كون الطلاق مملّكا، فإنّ التمليك إذا كان قهريّا و العين باقية فى ملكها، لزم التعلّق بها كالإرث.

فإن صبر إلى الخلاص للعين و لم تلزمه الزوجة على قبض البدل فله نصف العين لارتفاع المانع.

و لو قال: أنا أرجع فيها أى العين و لكن لا- أقبضه الآن بل أصبر حتّى ينفكّ الرهانة أو تنقضى الإجارة احتمل عدم وجوب الإجابة عليها و جواز إجباره على أخذ القيمة إذا دفعتها أو المثل لأنّه أى نصف العين يكون حينئذ مضمونا عليها، و لها أن تمتنع منه أى الضمان، لتضمّنه التأجيل، و تعجيل البراءة مرغوب للعقلاء، و لأنّه ربّما زادت القيمة قبل التلف، فتلزمها الزيادة.

إلّا أن يقول: أنا أقبضه و أردّه إلى المستأجر ليكون أمانة فلا- يستعقب الزمان أو يسقط عنها الضمان على إشكال فى صحّة الإسقاط، من أنّه فى معنى الإبراء من القيمة، و هو إبراء ما لم يجب، و أنّ الضمان متجدّد كلّ آن. و من كونه فى معنى القبض، و الدفع أمانة، و الشكّ فى تحقق الضمان بعد الإذن فى التصرف، و الثانى هو الوجه، فله ذلك و ليس لها الامتناع منه، إذ لا جهة له.

و يحتمل وجوب الإجابة مطلقا، لتعلّق حقّه بالعين أوّلا، و لا ينافيه تعلّق حقّ الغير بها من جهة أخرى، فإذا رضى بالعين مسلوبا عنها المنافع مدّة الإجارة أو الارتهان، لزمتها الإجابة.

و لو زال ملكها عن المهر بجهة غير لازمة من جهتها كأن باعته و كان البيع بخيار لها أو وهبته و لم تقبض الهبة أو دبّرت المملوك على إشكال فيهما من البقاء فى ملكها، و من تعلّق حقّ الغير بها، و تغليب الحرّيّة، و كون التدبير طاعة مقصودة و قد تعلّقت بالعين، فهو كالزيادة المتّصلة لم يكن له الإجبار على العين أو البدل، بل تخيّرت فى الرجوع و دفع نصف العين، و فى عدم الرجوع و دفع القيمة.

و الصواب- بناء على تمليك الطلاق لنصف العين- أنّ التصرّف الجائز منها إن نقل العين عن ملكها، كان لها الخيار كما قال، و إلّا انفسخ العقد و تعيّن حقّه فى العين، لأنّه انتقل إلى الزوج قبل الانتقال الى الغير.

و على ما ذكره فإن دفعت القيمة ثم رجعت لم يكن له أخذ العين لما مرّ فى مثله من سقوط حقّه من العين بأخذ القيمة فيستصحب.

و قيل: له أخذ العين، فإنّ الرجوع إلى القيمة كان للحيلولة لا على وجه المعاوضة، فإن زالت الحيلولة و أمكن الوصول إلى العين كان له الرجوع إليها، بخلاف ما إذا انتقلت العين عن ملكها بجهة لازمة، فإنّ الرجوع إلى القيمة على وجه المعاوضة لكونه بمنزلة التلف، و إن رجعت قبل دفع القيمة تعيّن حقّه فى العين

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۴۵۷

لزوال الحيلولة مع عدم سقوط حقّه فى العين بمجرّد الطلاق، لأنّ الحيلولة فى معرض الزوال. و حكى فى الجواهر قول بالتخيير بين أخذ نصف العين و نصف القيمة «۱».

و يقوى الإشكال فى تخيّرها فى الرجوع فى الوصية بالعتق فإنّ حقّ الغير هنا أضعف، فإنّ التدبير عتق فى الحال معلّق، و لذا ينعتق بالموت من غير تجديد صيغة، فاحتمال بطلان الوصيّة أقوى من احتمال بطلان التدبير.

و لو كان الصداق صيدا فأحرم، ثمّ طلّق، احتمل رجوع النصف إليه و الانتقال إلى القيمة لأنّه ملك قهريّ كالإرث فإن لم يكن معه ملكه، و إن كان معه جرى فيه الوجهان المتقدّمان فى الحجّ من الدخول فى ملكه، و عدم الدخول إلى أن يحلّ، فهو دليل الاحتمالين.

و يجوز أن يكون دليل الاحتمال المذكور خاصّة بناء على أنّ السبب المملّك قهرا يفيد الملك و إن كان محرّما، و يكون دليل الاحتمال الآخر أنّ التمليك هنا و إن كان قهريّا إلّا أنّ حصول المملّك- و هو الطلاق- باختياره، فهو بمنزلة التمليك بالاختيار.

و المحصّل: أنّ رجوع النصف إليه، و الانتقال إلى القيمة كليهما، محتملان هنا من وجوه:

فأوّلا: من احتمال كون الطلاق مملّكا و مخيّرا.

و ثانيا: على تقدير كونه مملّكا من الاحتمال فى المملّك القهريّ، أنّه يملّك المحرم أوّلا.

و ثالثا: على تقدير كونه مملّكا أيضا، من أنّ الملك الحاصل به و إن كان قهرا فحصوله باختياره، فكان حصول الملك أيضا اختياريّ، فلا يحصل للمحرم.

و من أنّ المقصود بالذات من الطلاق هو الفراق، و عود النصف حكم مرتّب

---

(۱) جواهر الفقه: ص ۱۷۳ المسألة ۶۱۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۴۵۸

عليه قهرا، فاختياره ليس من اختيار عود النصف فى شيء، على أنّ فى كون اختيار السبب اختيارا للمسبّب خلافا.
و يؤيّد أوّل الاحتمالين أنّ تكليفها بردّ القيمة من غير تصرّف أو سبب منها إضرار بها، و أنّه إذا ظهر فى ثمن الصيد المبيع عيب بعد إحرام البائع فردّ الثمن، رجع إليه المبيع قطعا، مع أنّ ردّ الثمن باختياره.
و ربّما يؤيّد بأنّ الإحرام لا يمنع من عود الكلّ بالردّة، فالنصف اولى.
و المقدّمتان ممنوعتان.
و قد يتوهّم أنّ عدم رجوع النصف إليه لا يرجع إليه نصف القيمة، و لا قيمة النصف أيضا، و هو فاسد، لأنّ حرمانه من نصف العين للحيلولة بالإحرام.
و على المختار- و هو رجوع النصف إليه- يزدحم فى الصيد حقّ اللّه و حقّ الآدميّ، و هو هنا الزوجة، و فيه ثلاثة أوجه: تغليب حقّ اللّه لأنّه أعظم. و تغليب حقّ الآدميّ لاحتياجه. و تضرّره بالفوات و التسوية.
فإن غلّبنا حقّ اللّه تعالى وجب عليه إن كان الصيد عنده إرساله و عليه غرامة قيمة نصفها أى النصف الذى للزوجة، كما لو أحرم و بيده صيد مغصوب فإنّ عليه الإرسال و ضمان القيمة فى وجه.
و إن غلّبنا حقّ الآدميّ لم يجز الإرسال، و عليه نصف الجزاء إن تلف فى يده أو يدها.
و إن سوّينا فالخيرة إليهما، فإن اتفقا على الإرسال أرسل و غرم لها النصف، و إلّا بقى مشتركا و عليه نصف الجزاء إن تلف.
و قد يقال: إنّه ليس من ازدحام الحقّين لاختلاف المحلّين، فإنّ حقّ اللّه فى أحد النصفين و الآخر فى الآخر، و ليس على المحرم إرسال ملك الغير، و إذا تضمّن إرسال ملك نفسه إرسال ملك الغير و تفويته منع منه.
و يندفع بأنّ الإشاعة يكفى فى الازدحام، نعم يمكن المنع من الإرسال إن أعسر بقيمة نصفها.
كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۴۵۹
و لو أمهر المدبّرة ثمّ طلّق، قيل فى النهاية «۱» و المهذّب «۲»: لا يبطل التدبير بالإمهار، بل تتحرّر بموته و لا سبيل لها عليها.
و قبله أى قبل الموت و بعد الطلاق بينهما نصفان فتخدم له يوما و لها يوما، لأنّ الملك المتجدّد لا يبطل التدبير، و لخبر المعلّى بن خنيس قال: سئل أبو عبد اللّه عليه السّلام و أنا حاضر عن رجل تزوّج امرأة على جارية له مدبّرة قد عرفتها المرأة و تقدّمت على ذلك، و طلّقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمة المدبّرة، يكون للمرأة يوم فى الخدمة و يكون لسيّدها الذى دبّرها يوم فى الخدمة قيل له: فإن ماتت المدبّرة قبل المرأة و السيّد لمن يكون الميراث؟ قال:
يكون نصف ما تركته للمرأة و النصف الآخر لسيدها الذى دبّرها «۳».
و هو مع الضعف لا يدلّ على بقاء التدبير، و لا خلاف فيما تضمّنه.
و الحقّ وفاقا لابن إدريس «۴» و المحقّق «۵» بطلان التدبير بالإصداق بناء على أنّ تجدّد الملك يبطل التدبير، و إنّ التدبير ممّا يقبل الانفساخ، و حمل ابن إدريس «۶» ما ذكره الشيخ على أن تكون الأمة منذورة التدبير، و المصنّف فى المختلف على ما إذا اشترط عليها بقاء التدبير «۷».
و إذا كان الصداق دينا أو عينا و أتلفه الزوج صحّ أن تهبه المرأة إياه بلفظ الهبة و نحوه التمليك و التحليل، لدلالتهما على إسقاط الحقّ، و الأصل عدم انحصار لفظه فى شيء. و الإبراء و نحوه الإسقاط و الترك و العفو و هو منصوص.
و لا يفتقر إلى القبول بأيّ لفظ وقع كسائر الإبراءات إن نفينا احتياجها إلى القبول، و ممّا يؤيّد هذا إطلاق قوله تعالى: «إِلّا أَنْ يَعْفُونَ» «۸» و ما فى الخبر من

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۳۲۶.

(۲) المهذّب: ج ۲ ص ۲۰۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۴ ب ۲۳ من أبواب المهور ح ۱.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۵۸۸.

(۵) المختصر النافع: ص ۱۹۰.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۵۸۸.

(۷) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۴۹.

(۸) البقرة: ۲۳۷.

أنها إذا جعلته فی حلّ منه فقد قبضته «۱». و خيرة المبسوط «۲» الافتقار، و للشافعية «۳» وجه بالاحتياج فی لفظی الهبة و التمليك حملا على هبة العين.

و لو كان الصداق عينا فقبضته و تلف فی يدها أو كان دينا له عليها فعفا الزوج أو وهبها أو أبرأها أو أتى بسائر الألفاظ المتقدّمة بعد الطلاق صحّ الإبراء، و لم يحتج الى القبول لمثل ما عرفت.

و فی المبسوط «۴»: إنّ الطلاق إن كان مملّكا احتاج إلى القبول، لأنّه عفو عمّا له فی ذمّتها من المال، لا إن كان مخيّرا، لأنّه إسقاط حقّ كحقّ الشفعة.

و لو عفا الذی عليه المال أيّا من الزوجين، كأن عفا الزوج بعد الطلاق عمّا له من النصف و لم يقبضها المهر، أو عفت و قد قبضته، أو كان دينا عليها لم ينتقل عنه المعفوّ الى المعفوّ عنه إلّا بالتسليم إليه، فإنّ العفو هنا إمّا إبراء أو هبة، و الإبراء لا يكون إلّا عمّا وجب، و لا يجب شیء على المعفوّ عنه قبل التسليم، و الهبة لا تكون إلّا لمعيّن، و لا تعيّن قبل التسليم، مع أنّها لا تتم إلّا بالإقباض، فلا بدّ من التسليم أوّلا ثمّ الهبة و الإبراء، و لا بد من القبول أيضا إن كان هبة، و فی وجه إن كان إبراء.

و فی المبسوط: إنّ العافی إن كان الزوج فإن جعلنا الطلاق مخيّرا صحّ العفو من غير قبول، لأنّه كإسقاط الشفيع حقّه من الشفعة، و إن جعلناه مملّكا فقد برئت ذمّته من النصف، و لا يصحّ أن يعفو لها عن شیء سقط عن ذمّته، إلّا أن يجدّد هبة من عنده يعنی يسلّم إليها و يهبها كما قلناه، و إن كان الزوجة لم يصحّ عفوها، لأنّ ذمّتها بريئة عن النصف، فلا يصحّ «منها» العفو عنه، لكن لها أن تجدّد هبة «۵».

و لو كان المهر عينا لم يزل الملك عنه بلفظ العفو و الإبراء و نحوهما بمجرده، سواء أراد بالعفو الإبراء أو التمليك، و كذا إن أتى بصريح لفظ التمليك أو الهبة.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰ ب ۴۱ من أبواب المهور ح ۲.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۳۰۶.

(۳) المجموع: ج ۱۶ ص ۳۶۹.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۳۰۶.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۰۶- ۳۰۷.

فإن وهب افتقر زوال الملك إلى القبول و الإقباض و إن أبرأ لم تفد ضميمتهما، إذ لا إبراء من العين.

و فى إجراء لفظ العفو مجرى الهبـة نظر من مجيئه بمعنى العطاء كما فى العين «١» و المبسوط «٢» و نسبته إلى العين قرينة عليه، و إطلاق «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ» و هو اختيار المبسوط «٣» و التحرير «۴». و من منع مجيئه بمعنى العطاء. و لو سلّم كان خلاف المعروف، و لا سيّما إذا قال: عفوت عنه، فالمتعدّى ب «عن» لا يكون إلّا بمعنى الإبراء، و الآية «۵» لا تتعيّن للفظ العفو، و إنّما المراد إسقاط الحقّ من العين أو الدين مطلقا.

و فى المبسوط: إن عفت فهو هبـة، تقع بثلاثـة ألفاظ: الهبـة، و العفو، و التمليك، و افتقر إلى القبول و القبض إن كانت فى يدها «۶» «و مضىّ مدة القبض إن كان فى يده» «٧» و الإذن فى القبض على قول، و لها الرجوع قبل مضىّ مدّة القبض، و إن عفا فإن كان الطلاق مخيّرا فهو إسقاط لحقّه كحقّ الشفعة لا هبـة، فيصح بستّة ألفاظ، و هى جميع ما مرّ سوى التحليل فلم نذكره، و لا حاجة إلى القبول و إن كان مملّكا، و هو الصحيح عندنا فهو هبة إنّما يقع بالثلاثة الألفاظ، و افتقر إلى القبول، و كان له الرجوع قبل القبض أو مضىّ مدّته «٨». و نحوه فى التحرير «٩».

و إذا عفا أحد الزوجين عن حقّه- الدين أو العين- كلّا أو بعضا، أى أسقط حقّه فيهما بكلّ ما ينبغى من لفظ الإسقاط لا بلفظ العفو خاصّة مع الإقباض للعين أو الدين إن كان فى ذمة العافى أو حكمه للدين، بأن كان فى ذمة المعفوّ عنه صحّ عفوه و مضى.

---

(١) فى كتاب «ترتيب العين»: ص ۵۵۹ العفو: المعروف، و العفاة: طلّاب المعروف.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣٠٧.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ٣٠۵.

(۴) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣٨ س ٢۵.

(۵) البقرة: ٢٣٧.

(۶) فى ن: يده.

(٧) لم يرد فى: ن.

(٨) المبسوط: ج ۴ ص ٣٠٧- ٣٠٨.

(٩) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣٨ س ٢۶.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۴۶٢

و المقصود من هذا الكلام و ما بعده، بيان حال العفو إذا صدر من الزوجين بأنفسهما أو من الولىّ أو الوكيل، و ممّا سبق، بيان حال العفو من الجانبين بلا نظر إلى وقوعه من أنفسهما أو من غيرهما، و هو ظاهر فلا تكرار.

و للّذى بيده عقدة النكاح- و هو الأب و الجدّ على المشهور و المنصور، و زيد فى النهاية «١» الأخ العفو بالاتفاق، كما فى الخلاف «٢» و المبسوط «٣» و فى التبيان «۴» و مجمع البيان «۵» و روض الجنان للشيخ أبى الفتوح «۶» و فقه القرآن للراوندى «٧»: أنّه المذهب، و هو ظاهر الآية «٨» و مدلول الأخبار كقول الصادق عليه السّلام فى صحيح ابن سنان: الذى بيده عقدة النكاح فهو ولىّ أمرها «٩».

و فى حسن الحلبى، فى قوله تعالى «أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ»: هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه، و الرجل يجوز أمره فى مال المرأة فيبيع لها و يشترى، فإذا عفا فقد جاز «١٠». و نحوه فى خبر سماعة «١١».

و قوله عليه السّلام فى مرسل ابن أبى عمير: يعنى الأب، و الذى توكّله المرأة و تولّيه أمرها من أخ أو قرابة و غيرهما «١٢».

و فى خبر إسحاق بن عمّار: أبوها إذا عفا جاز له، و أخوها إذا كان يقيم بها و هو القائم عليها فهو بمنزلة الأب يجوز له، و إذا كان الأخ لا يهتمّ بها و لا يقيم عليها لم يجز أمره «١٣».

---

(١) النهاية: ج ٢ ص ٣١٧.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ٣٨٩ المسألة ٣۴.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ٣٠۵.

(۴) التبيان: ج ٢ ص ٢٧٣.

(۵) مجمع البيان: ج ٢ ص ٣۴٢.

(۶) روض الجنان: ج ٢ ص ٢۶٣.

(٧) فقه القرآن: ج ٢ ص ١۵٠.

(٨) البقرة: ٢٣٧.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢١٣ ب ٨ من أبواب عقد النكاح ح ٢.

(١٠) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١۴٢ ح ۴٩٣.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۶٢ ب ۵٢ من أبواب المهور ح ١.

(١٢) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٩١ ب ٧ من أبواب أحكام الوكالة ذيل الحديث ١.

(١٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۶٣ ب ۵٢ من أبواب المهور ح ۵.

و فى خبر أبى بصير قال: هو الأخ و الأب و الرجل يوصى إليه، و الذى يجوز أمره فى مال يتيمته، قال: قلت: أ رأيت إن قالت لا أجيز ما يصنع؟ قال: ليس لها ذلك، أ تجيز بيعه فى مالها و لا تجيز هذا «١»؟.

و قول الباقر عليه السّلام فى صحيحه و صحيح محمّد بن مسلم: هو الأب و الأخ و الموصى إليه و الذى يجوز أمره فى مال المرأة من قرابتها فيبيع لها و يشترى، فأىّ هؤلاء عفا فعفوه جائز فى المهر «٢».

ثمّ المعروف أنّه إنّما له العفو عن بعض حقّها لا جميعه و يظهر الاتفاق عليه من المبسوط «٣» و التبيان «۴» و مجمع البيان «۵» و فقه القرآن للراوندى «۶» و يدلّ عليه الأصل مع عدم دلالة النصوص من الكتاب و السنّة على جواز العفو عن الكلّ. و صحيح رفاعة سأل الصادق عليه السّلام عن الذى بيده عقدة النكاح، فقال: الولىّ الذى أنكح يأخذ بعضا و يترك بعضا، و ليس له أن يدع كلّه «٧».

و قوله عليه السّلام فى مرسل ابن أبى عمير: و متى طلّقها قبل الدخول بها فلأبيها أن يعفو عن بعض الصداق و يأخذ بعضا، و ليس له أن يدع كلّه «٨».

و فى المختلف «٩» وفاقا للجامع «١٠»: أنّ المصلحة إن اقتضت العفو عن الكلّ جاز، و هو الموافق للأصول. و يمكن حمل الخبرين على أنّ الغالب انتفاء المصلحة فى العفو عن الكل.

قيل فى المهذّب «١١»: و لمن تولّيه أمرها العفو أيضا عن البعض، و هو

---

(١) تفسير العياشى: ج ١ ص ١٢۵ ح ۴٠٨، و فيه: بدل «فى مال يتيمته»: فى ماله بقيمته.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۳ ب ۸ من أبواب عقد النكاح ح ۵.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۳۰۵.

(۴) التبيان: ج ۲ ص ۲۷۴.

(۵) مجمع البيان: ج ۲ ص ۳۴۲.

(۶) فقه القرآن: ج ۲ ص ۱۵۰- ۱۵۱.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۱۳ ب ۸ من أبواب عقد النكاح ح ۳.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۲۹۱ ب ۷ فی أحكام الوكالة ذيل الحديث ۱.

(۹) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۱۷.

(۱۰) الجامع للشرائع: ص ۴۴۲.

(۱۱) المهذّب: ج ۲ ص ۱۹۶.

قویّ لعموم الآيـة «۱» و الأخبار «۲» و خصـوص مرسـل ابن أبی عمير «۳» و لعـدم الفرق بين الأخ و غيره فی انتفاء الولايـة بـدون توليتهـا، و ثبوتهـا بتوليتهـا و توكيلهـا، و لأنّهـا إذا وكّلت رجلاـ و أذنت له فی كـلّ ما يراه من التصـرّف فی أموالها مطلقا كان له جميع ما يدخل فی الإذن، و منه هذا التصرّف.

و ليس لولیّ الزوج العفو عن حقّه كلّـا أو بعضـا مع الطلاق للأصل، و الخروج عن النصوص و عن المصـلحة، إذ لمّا كان الطلاق بيده كان من البعيد جدّا أن يتوقّف على العفو.

[فروع]

اشارة

فروع أربعة عشر:

[الفرع الأول]

الأـوّل: لو أصـدقها نخلا حائلا فأثمر فی يـدها فطلّقها قبل الجـذاذ لم يكن له من الثمرة شـیء، فإنّها نماء فی ملكها فإن بـذلت له نصف المجموع من الأصل و الثمرة لزمه قبوله وفاقا للمبسوط، و فيه:

أنّه المذهب «۴» على إشكال من الشك فی اتصال الزيادة. و حكى فی المبسوط عن قوم: تغليط من زعم الانفصال «۵».

و كـذا لو قطعت الثمرة و بـذلت نصف العين و لاـ يلحق الأصـل عيب بالقطع أو تعيّب به، و لكن دفعت الأرش أجبر على القبول من غير إشـكال، لكن قد عرفت فيما إذا تعيّب المهر أقوالا، و نسبه فی المبسوط إلى قوم إذا لم يتعيّب و لم يفت بشیء «۶» و لم يذكر حاله إذا تعيّب.

و على إبقاء الثمرة يحتمل قويّا أن يكون له الرجوع فی العين

(۱) البقرة: ۲۳۷.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۲ ب ۵۲ من أبواب المهور.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۲۹۱ ب ۷ فی أحكام الوكالة ح ۱.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۷۹.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۰.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۰.

مشغولة بالإبقاء إلى الجذاذ، لزوال المانع من الرجوع فيها حينئذ بخلاف الزيادات المتصلة التی لا تزول. و قيل: لا، لأنّها لا تأمن أن يرجع عليها فيما بذله فی وقت يضرّ بها، و فی المبسوط «۱» نقل القولان من غير ترجيح.

و لو طلب قطع الثمرة قبل الإدراك ليرجع فی العين أو يقول: أنا أصبر إلى الجذاذ و أرجع بعده لم يجب إجابته ففی الأوّل لأنّ الثمرة فی الأصل بحقّ لها، و فی الثانی لتضرّرها بالتأخير كما عرفت.

و لو طلبت منه الصبر فی الرجوع لم يجبر عليه لتعجيل حقّه و انتفاء الضرر عليها، و نسبه فی المبسوط إلى قوم «۲» و لم يفت بشی‌ء.

و كذا الأرض لو حرثتها و زرعتها فی جميع ما ذكر إلّا أنّه لا يحتمل هنا أن يجبر على القبول لو بذلت نصف المجموع لظهور انفصال البذر و النبات من الأرض، و لنقصان الأرض من وجه، و الظاهر أنّه أراد بالحرث إلقاء البذر و بالزرع التنمية كما هو الصحيح فی اللغة و الواو بمنزلة «أو»، فأراد أنّه لا فرق إذا طرحت البذر بين أن ينمو أو لا، للاشتراك فی انفصال الزيادة، فلا يتوهّمن اتصالها عند النموّ. و يجوز أن يكون أراد بالحرث الكرب و بالزرع إلقاء البذر أو التنمية، و الواو بمنزلة «أو» أيضا.

و يكون عدم الإجبار على القبول فی الحرث إذا نقصت به الأرض، لكن لا يلائمه بذل نصف المجموع. و قطع فی التحرير بإجباره على القبول «۳» وفاقا للمبسوط «۴»، لاتصال الزيادة.

و يجوز أن يريد بالواو معناها، و يريد ذكر مثال يشتمل على زيادة متّصلة هی الكرب، و اخرى هی الزرع أی إلقاء البذر فيها أو نموّه أو على زيادة هی الزرع و نقصان هو الكرب.

و يجوز إرادة الزرع باللفظين، فكثيرا ما يراد بالحرث، لكن التأسيس أولى من التأكيد.

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۰.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۰.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۷ س ۳.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۰.

و لو أمهرها جارية أو شاة حائلة و ولدت الجارية أو نتجت الشاة بعد الإصداق و لو فی يد الزوج فالولد لها خاصّة فإن طلّقها قبل الدخول لم يكن له منه شی‌ء.

فإن تلف الولد فی يده بعد المنع من التسليم و المطالبة منها أو نقص، ضمن قولا واحدا كما فی المبسوط «۱». و إلّا يمتنع من التسليم مع المطالبة و تلف أو نقص احتمل الضمان، لأنّه تولّد من أصل مضمون فأشبه ولد المغصوبة للاشتراك فی الضمان، و

هو اختيار التحرير «٢». و احتمل عدمه، لأنّه أمانة و ليس فى مقابله بدل كالأمّ.

و لو نقصت الأمّ أخذت النصف و أرشه، سواء كانت قد طالبت و امتنع من التسليم أو لم تطالب أو طالبت و إنّما أخّر التسليم لعذر لا- للامتناع، أمّا مع الامتناع بعد المطالبة فلا إشكال فيه، و أمّا فى الباقيين فهو الأقوى وفاقا للمبسوط «٣». و ربما يقال: بالخيار بين الرضى بالنصف من غير أرش و أخذ القيمة.

و لو ارتدّت قبل الدخول فصارت و ثنيّة أو كتابيّة و لم نجز نكاحها مطلقا لم يكن لها من المهر شيء، لأنّه فسخ منها و رجع بما سلّمه إليها من المهر.

فإن كان نما قبل الارتداد فالزيادة لها لأنّها فى ملكها، فإن كانت منفصلة أخذتها و ردّت الأصل، و إن كانت متّصلة تخيّرت بين ردّه مع ما فيه من الزيادة و بين ردّ المثل أو القيمة.

و لو أصدقها أمة حاملا فولدت رجع بنصف الولد أيضا بناء على كون الحمل أمرا منفصلا عن الامّ، فالصداق مجموع أمرين منفصلين، و لكنّها بالخيار بين أن تمسك الولد للزيادة بعد الإصداق إلى الوضع فما بعده فيقوّم عليها

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۱.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣٧ س ۶.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ٢٨٢.

يوم الوضع، لأنّه أوّل أوقات إمكان القيمة و إن تسمّح بنصفه مع ما فيه من الزيادة.

و يحتمل عدمه أي الرجوع فى الولد لأنّه زيادة متّصلة ما دام حملا- و إنّما ظهرت و تميّزت بالانفصال فالمنفصل ليس من الصداق، و لو سلّم الانفصال حين الحمل فقد زاد بعد الإصداق إلى الوضع و بعده فلها إمساكه للزيادة، و لا يمكن التقويم عليها، لأنّه لا يمكن التقويم قبل الوضع للجهل، و لا بعده للزيادة.

و فى المبسوط- وفاقا لأبى على- «١»: و على هذا لا يمكنه الرجوع فى نصف الجارية، لأنّه لا يمكن التفرقة بينها و بين ولدها، فكانت كالتالفة فى يدها، فله عليها نصف القيمة، و قال قوم: تباع هى و ولدها لهما، فتختص هى بقيمة الولد و قيمة الأمّ بينهما نصفان «٢».

و الوجه ما فى المختلف «٣» و التحرير «۴» من كراهة التفريق دون الحرمة، فله الرجوع فى نصف عين الأمة مع الأرش.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو أصدقها حليّا فكسرته أو انكسر عندها و أعادت صيغة أخرى فهو زيادة و نقصان فلهما الخيار كما عرفت. فإن أعادت تلك الصيغة الأولى دون صيغة أخرى احتمل الرجوع إلى نصفه و إن لم ترض الزوجة، لأنّه الآن بالصفة التى كانت عليه عند الإصداق من غير زيادة.

و احتمل اعتبار رضاها فلا يرجع فيه بدون رضاها لأنّها زيادة حصلت عندها باختيارها و إن كانت مثل الاولى، و الزيادة الحاصلة عندها يمنع من الرجوع بدون رضاها، و إن جوّزنا إعادة المعدوم بعينه فإن الشكل يختلف شخصا باختلاف وضع الأجزاء و إن تشابه. و من المعلوم عادة أنّ الأجزاء لا تعود إلى أوضاعها السابقة.

---

(۱) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۶۹.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۲۸۴.

(۳) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۶۹.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۷ س ۱۵.

نعم، يتّجه الأوّل إن قيل باتصال الجسم مع بقائه حال الانكسار و إعادة الصيغة بعينه، و لم يقل به أحد.

و قيد الاختيار إشارة إلى الفرق بينه و بين نحو الجارية إذا هزلت عندها ثمّ سمنت- فإنّه يرجع بنصف الجارية و إن لم ترض مع حدوث السمن عندها- بأنّ السمن بدون اختيارها و الصنعة «۱» باختيارها و التزامها المؤنة. و من العامّة من لم يفرّق بينهما «۲»، و إليه مال فخر الإسلام «۳».

و إذا اعتبرنا رضاها فإن أبت فله نصف قيمته مصوغا بتلك الصنعة «۴» فإنّه بمنزلة التالف، و هو مركّب من جزءين: مادىّ و صورىّ، و لا مثل للصورىّ فيتعيّن القيمة، و لا بدّ من أن يكون من غير الجنس تحرّزا من الربا.

و يحتمل اعتبار مثل وزنه ذهبا أو فضة و قيمة الصيغة أى أجرة مثلها، لأنّ الجزء المادّىّ مثلىّ، و المثل أقرب إليه من القيمة و لا ينافى اعتبار مثله اعتبار القيمة للجزء الآخر.

و لو أصدقها قطعة من فضّة فصاغتها حليّا لم يكن له الرجوع فى نصف العين للزيادة بل تخيّرت فى دفع نصف العين فيجبر على قبوله لما عرفت فى مثله و دفع نصف القيمة لها غير مصوغة بل المثل، و لعلّه المراد.

و لو كان المهر ثوبا فخاطته لم يجبر على قبول نصف العين كما لا- تجبر على دفعه للنقصان من وجه و الزيادة من آخر إلّا أن يكون حين الإصداق مفصّلا على ذلك الوجه الذى خيط عليه فإنّه لم يحدث فيه إلّا الزيادة، و إن كان مفصّلا على غير ذلك الوجه، فقد زاد من وجه و نقص من آخر كالأوّل.

[الفرع الثالث]

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

الثالث: لو أصدق الذمّيّان أو غيرهما من الكفّار أى أصدق الذمّىّ زوجته الذمّيّة خمرا، فطلّق قبل الدخول بعد القبض و الإسلام و قد صار

---

(۱) كذا فى النسختين، و الظاهر: الصيغة.

(۲) انظر المجموع: ج ۱۶ ص ۳۵۶.

(۳) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۲۲۹.

(۴) كذا فى النسختين، و الظاهر: الصيغة.

خلّا فی یدها قبل الإسلام أو بعده رجع بنصفه لأنّه عین ماله و إن تغیّر فی صفهٔ له، و لأنّک قد عرفت فیما سبق القول بأنّ الخلّ مثل الخمر، فإذا لم یکن له أخذ الخمر أخذ الخل، فهنا أولی.

و یحتمل عدم الرجوع بشیء من العین أو المثل أو القیمهٔ للزیادهٔ فی یدها فسقط حقّه عن العین، و کلّما سقط حقّه عن العین کان له أقلّ القیم من حین العقد إلی حین القبض إن کانت له قیمهٔ و قد کان خمرا لا قیمهٔ له فسقط حقّه من القیمهٔ أیضا. و قد یحتمل أن یکون له نصف قیمهٔ الخمر عند مستحلّیها.

فعلی الأوّل لو تلف الخلّ قبل الطلاق احتمل أن یرجع بمثله لأنّه لو کان باقیا رجع إلی نصف العین، فإذا تلف انتقل إلی البدل.

و احتمل عدمه بأن لا یکون له شیء لأنّه أی الصداق التالف إنّما یعتبر بدله یوم القیمهٔ و هو من الإصداق إلی القبض و لا قیمهٔ له حینئذ لکونه خمرا، و لا عبرهٔ بمثله حینئذ، لأنّه لا یملک.

و لو رجع خلّا بعلاجها لا بنفسه فعدم الرجوع فی العین أظهر لحدوث الزیادهٔ التی هی المالیّهٔ باختیارها فلا تجبر علی التسلیم.

و لو صارت خلّا فی یده ثمّ طلّقها و هو فی یده فلها النصف منه لأنّ یده یدها، و قد زال المانع من قبضه.

و یحتمل أن لا یکون لها إلّا نصف مهر المثل، لانتفاء القبض و قد ترافعوا إلینا قبله أی أسلما أو أسلم أحدهما فإنّه یستلزم الترافع إلینا و لو مجازا فبطل کون العین مهرا، لأنّه حکم مثله إذا جعل مهرا و وجب مهر المثل أو القیمهٔ عند المستحلّین، خصوصا إذا لم تسلم الزوجهٔ، لتصریحه سابقا بقوّهٔ احتمال الرجوع إلی القیمهٔ عند المستحلّین إذا ترافع إلینا الذمّیّان قبل القبض.

[الفرع الرابع]

الرابع: لو أصدق تعلیم سورهٔ فطلّق قبل الدخول فإن کان علّمها رجع بنصف الأجرهٔ، و إلّا یکن علّمها شیئا منها رجعت به أی بنصف

الأجرهٔ لا بنصف السورهٔ لحرمهٔ سماعه صوتها، و لاختلاف الألفاظ فی التعلّم سهولهٔ و صعوبهٔ، فلا یتعیّن النصف. و فی المبسوط «۱» و الخلاف «۲» الرجوع بنصفها اعتبارا بالحروف، و تجویز السماع صوتها مطلقا أو للضرورهٔ. و أمّا إذا لم یمکن التعلّم إلّا بالخلوهٔ المحرّمهٔ أو مع خوف الفتنهٔ فالرجوع بنصف الأجرهٔ قطعا.

و کذا إذا أصدق تعلیم الصنعهٔ و لا إشکال هنا فی رجوع کلّ منهما بنصف الأجرهٔ لجهل النصف.

[الفرع الخامس]

الخامس: کلّ موضع یثبت فیه الخیار لأحدهما أو لهما بسبب الزیادهٔ أو النقصان أو هما لا ملک للمختار قبله أی الاختیار، فإنّه ینافی الخیار هنا.

و هذا الخیار لیس علی الفور حتّی إذا أخّر الاختیار زال الخیار، إذ لا ملک لیتعیّن بالتّأخیر، و لا یتعیّن إلّا بالاختیار، و لا معنی لسقوط الحقّ مطلقا إذا أخّر.

فإن کان لها الخیار و امتنعت حبس عنها عین الصداق لأنّها کالمرهون بل أقوی فی تعلّق حقّ الغیر به، فإن أصرّت علی الامتناع و لیس لها غیره بیع علیها ما یوازن قیمته قیمهٔ النصف مجرّدا عن الزیادهٔ إن زادت القیمهٔ بالزیادهٔ فی العین، و إلّا احتمل البیع أیضا، لأنّ ثبوت الخیار لها، لأنّ لها دفع القیمهٔ، فلا یدفع إلی الزوج نصف العین قهرا.

و احتمل دفع النصف من العين، لأنّ البيع لا يفيدها بقاء العين أو بعضها فى يدها.

و فيه أنّها قد لا يريد أن يكون من العين ما يملكه الزوج.

[الفرع السادس]

السادس: لو وهبته المهر المعيّن أو الدين عليه ثمّ طلّقها قبل الدخول رجع عليها بنصف القيمة لعدم الفرق بين هبتها منه و من غيره،

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٢٧۵.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ٣۶٨ المسألة ۵.

و إطلاق ما دلّ على تمليك الطلاق نصف الصداق، و للإجماع فيما عدا الإبراء كما فى الخلاف «١» و المبسوط «٢» و الأخبار كخبر شهاب بن عبد ربّه سأل الصادق عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها فردّتها عليه و قالت: أنا فيك أرغب منّى فى هذه الألف هى لك فتقبّلها منها ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، قال:

لا شيء لها و تردّ عليه خمسمائة درهم «٣».

و مضمر سماعة: أنّها إذا جعلته فى حلّ من صداقها و خلّاها قبل أن يدخل بها ردّت عليه نصف الصداق «۴».

و لا فرق عندنا بين ما إذا قبضته ثمّ وهبته أو لا، و للعامّة قول بعدم الرجوع «۵» لكون الهبة تعجيل حقّه. و آخر بالفرق بين ما إذا قبضته و ما لم تقبضه.

و كذا لو خلعها به أجمع قبل الدخول رجع بنصف القيمة، لتملّكه تمام المهر بالبذل كما لو وهبته إياه و له النصف بالطلاق، و لا يشكل بأنّ التملّك لا يتمّ إلّا بتمام الخلع الذى هو الطلاق، لاختلاف الأسباب الموجب لاختلاف المسبّبات، فإنّ كلّا من الطلاق قبل الدخول و البذل مملّك، و الأوّل يملّك النصف، و الثانى تمام ما تراضيا به.

و يحتمل فى الإبراء عدم رجوعه عليها بشيء كما يظهر من المبسوط «۶» و الجواهر «٧» و إن قوّى الشيخ الأوّل لأنّه إسقاط حقّ المطالبة بما فى الذمّة لا تمليك ليكون بمنزلة الإتلاف، فلا يكون له بالطلاق إلّا نصف ما فى الذمّة، لأنّه المفروض بلا تلف، و لا يمتنع توارد سببين فصاعدا من الأسباب الشرعيّة على مسبّب واحد، فله النصف بالإبراء و بالطلاق جميعا، و النصف الآخر بالإبراء وحده، و الأصل البراءة من نصف المثل أو القيمة أو لمّا كان إسقاطا

---

(١) الخلاف: ج ۴ ص ٣٩١ المسألة ٣۵.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣٠٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠ ب ۴١ من أبواب المهور ح ١.

(۴) المصدر السابق: ح ٢.

(۵) مختصر المزنى: ص ١٨٣.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ٣٠٨.

(٧) جواهر الفقه: ص ١٧٧ المسألة ۶٣٠.

لا تمليكا و إتلافا، فكأنّه لا مهر لها ليرجع فى نصفه إن كان أو نصف بدله إن تلف.

و لهذا أى و لأنّ الإبراء إسقاط، و أنّه مباين للتمليك و لو شهدا بدين فقبضه المدّعى ثمّ وهبه من المدّعى عليه و رجع الشاهدان بعد ذلك غرّما للمدّعى عليه، لحصول تغريمه الموجب لتغريمهما، و الهبة تمليك حادث بعده غير مسقط للتغريم.

و لو أبرأ منه المدّعى لم يغرّما لكون الإبراء إسقاطا و إبطالا للتغريم، و إنّما يوجب تغريمهما التغريم، فلا يثبت مع سقوطه.

[الفرع السابع]

السابع: إذا وهبته المهر، ثمّ ارتدّت قبل الدخول ففى الرجوع عليها بالجميع من مثله أو النصف نظر من زوال ملكه عنه بالعقد، و صيرورته به ملكا لها ثمّ عوده إليه بسبب جديد هو بمنزلة الإتلاف، فيستحق عليها تمام المهر و إذا تلف العين فتمام بدله.

و من أنّها إنّما ملكت الكلّ ملكا متزلزلا فى النصف مستقرّا فى النصف الآخر فإذا ارتدّت قبل الدخول ظهر أنّ النصف ملكه له فلم تتعلّق الهبة إلّا بالنصف الآخر فهو التالف، و إنّما له بدله، و هبة النصف الأوّل إنّما هو تعجيل لحقّه. أو من الخلاف فى أنّها تملك تمام المهر بالعقد، أو إنّما تملك به النصف و تملك النصف الآخر بالدخول.

[الفرع الثامن]

الثامن: لو وهبته النصف ثمّ طلّقها، احتمل رجوعه بالنصف الباقى بعينه كما اختاره المحقّق «١». و هو الوجه، لأنّه استحقّ النصف بالطلاق، و هو موجود، فلا جهة للعدول عنه إلى البدل فيأخذه و ينصرف الهبة إلى نصيبها و هو النصف الآخر.

و احتمل رجوعه بنصفه أى نصف النصف الباقى بعينه و قيمة الربع بناء على شيوع نصفيهما فى تمام العين و شيوع النصف الموهوب أيضا،

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣٠.

فتتعلّق الهبة بنصفى النصيبين، فالنصف الباقى بمنزلة ما تلف نصفه و بقى النصف.

و يظهر من المبسوط «١» احتمال الرجوع بنصف الباقى خاصّة، لأنّه لمّا تعلّقت الهبة بالنصف المشاع فقد تعلّقت بنصفى النصيبين، فإنّما يملك من نصيبها النصف و هو الربع، و استعجل نصف نصيب نفسه، و إنّما بقى له النصف الآخر من نصيبه و هو الربع. و يحتمل التخيير بين بذل تمام النصف الباقى و عين نصفه مع بدل نصفه الآخر دفعا للضرر بتبعّض الصفقة.

و لو خالعته على النصف فإن قيّدته بالنصف الذى يبقى لها بعد الطلاق فلا كلام، و إن أطلقت انصرف إلى ما تملكه بعد الطلاق، ففى التقديرين إذا تمّ الخلع ملك الزوج تمام المهر. و الفرق بينه و بين الهبة أنّه بذل على الطلاق المنصّف للمهر، فهو تمليك بعد الطلاق. و للشافعيّة وجه بالشيوع فى نصفى النصيبين «٢».

[الفرع التاسع]

التاسع: لو تلف الصداق فى يدها بعد الطلاق بغير تفريط، رجع فى البدل إن جعلناه مضمونا كالمبيع إذا تلف فى يد المشترى بعد الفسخ، للاشتراك فى أنّ قبضها له بعقد معاوضة و قد انفسخ الآن، و يؤيّده التسمية بالأجر فى قوله تعالى: «وَ آتُوهُنَّ

أَجُورَهُنَّ» «۳».
و إن جعلناه أمانة فى يدها كالموهوب فى يد الموهوب منه بعد الرجوع فى الهبة، و يؤيّده التسمية بالنحلة فى قوله تعالى: «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ نِحْلَةً» «۴» و إنّ الطلاق لو كان فسخا للمعاوضة لرجع بتمام المهر فلا رجوع، و هو أوجه.
و لو تلف فى يدها بعد رجوع الكل أو النصف إليه بالفسخ منها للنكاح بعيب أو ردّة فهو مضمون عليها لأنّ ذلك أى الفسخ و الرجوع إليه ليس إلّا ترادّ العوضين فإنّ فسخها ليس كالطلاق فى إيقاع أمر مملّك

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۱۰.

(۲) مختصر المزنى: ص ۱۸۳.

(۳) النساء: ۲۵.

(۴) النساء: ۴.

لنصف المهر، و إنّما هو إسقاط للنكاح، و ليس رجوع المهر إليه إلّا من باب ترادّ العوضين بالفسخ لا من باب تملكهما بأمر جديد، و كذا إن فسخت المهر بالعيب.

[الفرع العاشر]

العاشر: لو أعطاها عوض المهر شيئا ثمّ طلّقها قبل الدخول رجع بنصف المسمّى إن كان مبهما و نصف بدله إن كان عينا، لأنّه المفروض لا بالمدفوع أى نصفه، لخروجه عن المفروض.

[الفرع الحادى عشر]

الحادى عشر: لو طلّقها بائنا بعد الدخول ثمّ تزوّجها فى عدّته ثمّ طلّقها قبل الدخول فعليه النصف لأنّ العبرة بالدخول فى ذلك العقد لا قبله، و لبعض العامّة قول باستحقاق الكلّ «۱» تنزيلا لتجديد العقد منزلة الرجعة.

[الفرع الثانى عشر]

الثانى عشر: لو أصدقها عبدين فمات أحدهما عندها، أو انتقل عن ملكها ثمّ طلّقها رجع بنصف الموجود و نصف قيمة الميّت لا بتمام الموجود إن تساويا، أو كان الميّت أكثر قيمة أو بما يساوى منه نصف العبدين إن كانا بالعكس، لأنّ التالف عليهما و الموجود بينهما و تزلزل ملكها فى النصف المشاع من كل منهما.
و يحتمل الرجوع بتمام الموجود أو بما يساوى منه النصف، لصدق أنّه نصف المفروض و لا يكفى، و هو وجه للشافعيّة، و لهم وجه بالتخيير.

[الفرع الثالث عشر]

الثالث عشر: لو كان المهر مشاهدا غير معلوم الوزن أو غيره ممّا يعتبر به من العدد و الكيل و الزرع فتلف قبل قبضه فأبرأته، أو تزوّجها بمهر فاسد فأبرأته من مهر المثل أو بعضه صحّ و إن لم يعلما الكميّة للتالف أو لمهر المثل، لتعلّقهما بالذمّة. و يجوز إبراء

الذمّة ممّا عليها مطلقا، فإنّه ليس بهبة.

و للشيخ قول بالمنع عند الجهل بالقدر «٢».

و لو أبرأته و هى مفوّضة من مهر المثل قبل الدخول لم يصحّ لعدم شغل الذمّة بشىء و إن دخل لم يسقط عنه، إذ لا عبرة بالإبراء فى غير زمانه، و الدخول مثبت له فى الذمّة.

---

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ٣٠.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣١٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴٧۵

[الفرع الرابع عشر]

الرابع عشر: لو زوّج الأب أو الجدّ له الصغير صحّ مع الغبطة كما عرفت. و المهر إن كان عينا فلا كلام فيه، و إن كان دينا كان على الولد إن كان موسرا فإنّ قضيّة النكاح و تصرّف الولى فى أمواله ماض إذا راعى الغبطة.

و إلّا يكن موسرا كان المهر فى عهدة الأب أو الجد اتفاقا منّا كما فى الخلاف «١» و المبسوط «٢» و السرائر «٣» و التذكرة «۴»: فإن مات الأب أو الجدّ اخرج المهر من صلب تركته، سواء بلغ الولد و أيسر قبل موته أو بعده أولا و يدلّ عليه مع الإجماع أخبار كثيرة، كقول الباقر عليه السّلام فى حسن الحذّاء: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية «۵». و قول الصادق عليه السّلام للفضل بن عبد الملك إذ سأله على من الصداق؟، على الأب إن كان ضمنه لهم، و إن لم يكن ضمنه فهو على الغلام، إلّا أن لا يكون للغلام مال فهو ضامن له و إن لم يكن ضمن «۶».

و قوله عليه السّلام لعبيد بن زرارة: إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن له مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن «٧».

و زيد فى السرائر «٨» و التذكرة «٩»: إنّه لما قبل النكاح لولده مع علمه بإعساره و بلزوم الصداق بعقد النكاح، علمنا بالعرف و العادة أنّه دخل على أن يضمنه.

و هو ممنوع. بل يمكن ادّعاء أنّ المرأة مع علمها بالحال دخلت على الصبر إلى الإيسار، و النصوص و الفتاوى و إن كانت مطلّقة لكن الظاهر ما سيأتى من استثناء صورة التبرّؤ من الضمان لما سيأتى.

---

(١) الخلاف: ج ۴ ص ٣٧٣ المسألة ١٣.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٢٩٢.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ۵۶٩.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ۶٠٨ س ٣٨.

(۵) الكافى: ج ۵ ص ۴٠١ ح ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٩ ب ٢٨ من أبواب المهور ح ٢.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٩ ب ٢٨ من أبواب المهور ح ١.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ۵٧٠.

(۹) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۰۸ س ۳۹.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۴۷۶

ثمّ إنّ المعروف فى الأخبار و الفتاوى قصر الحكم على الأب و إلحاق الجدّ به مبنيّ على الدخول فى الأب، و هو محلّ نظر.

و لو دفع الأب المهر مع يسار الولد تبرّعا أو مع إعساره للضمان ثمّ بلغ الصبيّ فطلّق قبل الدخول رجع النصف إلى الولد لا الأب لأنّه أى دفع المهر عنه كالهبة لما مرّ من أنّ أحد المتعاوضين لا يملك العوض إلّا بدفع عوضه فدفعه عن الولد يتضمّن تمليكه إيّاه، و قد يمنع، فهو مجرّد دعوى، و لذا تردّد فيه المحقّق «۱».

و فى التحرير: لأنّ دفع الأب يتضمّن هبة الابن «۲» و هذا كما لو قال: أعتق عبدك عنّى ففعل، فإنّه يعتق عن الآمر و ولاؤه له دون المأمور، و لا يحتاج الأب إلى استدعاء الابن لولايته عليه بالصغر «۳» انتهى.

و ظاهره أنّه نزّل الدفع عنه للاستدعاء و ما فى حكمه منزلة الهبة، و هو أيضا ممنوع، مع أنّه لا شبه استدعاء فى الولد الموسر، و لأنها لمّا قبضته ملكته كما هو المختار فخرج عن ملك الأب، و الطلاق موجب لتملّك الزوج نصف ما ملّكته من المهر، و ليس خارجا عمّا فى الآية من «فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ» فإنّ فرض الوليّ بمنزلة فرض المولّى عليه، و لا موجب للعود إلى الأب، و هو الذى فى التذكرة «۴».

نعم، يتّجه العود على الأب على القول بأنّها لا تملك بالعقد إلّا النصف. و كذا لو دفع المهر عن الولد الكبير تبرّعا، أو عن الأجنبيّ تبرّعا على إشكال ممّا عرفت، و من أنّ الكبير لا يملك الشىء إلّا باختياره، و الصغير الأجنبى لا يملك إلّا باختيار الوليّ، و هو اختيار التحرير «۵». و يجوز تعليق الإشكال بالجميع فيوافق الشرائع «۶» لكن ملكها بالقبض يدفع الإشكال عن الكلّ.

---

(۱) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۳۳.

(۲) فى التحرير: هبته للابن.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۷ س ۳۱.

(۴) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۶۰۹ س ۱۹.

(۵) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۸ س ۱.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۳۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۴۷۷

و لو ارتدّت انفسخ النكاح و رجع الصداق إن كان قبل الدخول إلى الولد لمثل ما عرفت. و كذا لو فسخت العقد بالعيب.

و كذا لو فسخ الولد العقد لعيب بعد الدخول إذا كانت هى المدلّسة رجع عليها بالمهر كلّه، أو إلى مهر المثل، أو أقلّ ما يتموّل، و لا شىء منه للأب، لأنّه بالدخول استقر ملكها على المهر، و التدليس يوجب رجوع الزوج بمثله على المدلّس، فهو ملك متجدّد بعد تماميّة ملكها، و الخروج عن ملك الأب، و لذا لا يرجع عليها بشىء إن لم تدلّس.

و كذا لو فسخ قبله و إن لم تكن مدلّسة لرجوع المهر إليه حينئذ على إشكال من التردّد فى أنّ الفسخ كاشف عن فساد العقد من أصله، أو رافع له من حينه. و يمكن عود الإشكال على التقديرين، من أنّها كما دلّست على الزوج دلّست على الأب، بل هو أظهر، و أنّها مع التدليس لا تستحق شيئا بالعقد و لا تملك المهر، و إنّما تملكه بالدخول عوضا عن بضعها مع انتفاء الزنا عنها لا للعقد، و الأب إنّما لزمه المهر اللازم للعقد لا للدخول، فإذا ظهر عدم استحقاقها له رجع إليه. و كذا إذا تبرّع بالمهر قبل الدخول فإنّه تبرّع بما يلزم العقد.

و إذا دفع المهر عن ولـده الصـغير ثمّ عاد إلى الابن كلّا أو بعضا بالارتـداد أو الفسخ أو غيرهما لم يكن له الرجوع فيه، لأنّ الدفع عنه يتضـمّن الهبة كما عرفت، و هبة الأب من ولده الصـغير لازمة إذ لا عبرة بقبضه، بل ينوب عنه الأب فی القبض، لا سيّما و قد تخلّل الانتقال عن ملكه الذی كالتلف.

أمّا إذا دفع المهر عن الأجنبيّ أو الولـد الكبير فإن رجع إليه بـدله بإتلافها له أو بالمصانعـة على المعاوضة لم يكن للدافع الرجوع أيضـا لأنّه غير الموهوب، و لا يملك الرجوع فی غير الموهوب، و إن عادت إليه العين فكـذلك لم يكن له الرجوع إذا ملّكناهما بالدفع عنهما لأنّه أی الشأن أو الموهوب تصـرّف فيه بصـيغة الماضـی المبنيّة للمجهول، أو لأنّ الأجنبيّ تصرّف فيه، أو لأنّ الدفع تصرّف فيه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۷۸

و بالجملـة، فقد وقع التصـرّف فی الموهوب بدفع المتبرّع عنه أی عن الأجنبيّ، فكأنّه الذی تصـرّف فيه، و لا رجوع فی الموهوب إذا تصرّف فيه بالنقل عن الملك و إن عاد بسبب جديد.

و أمّا القبض المتمّم للهبة فقد وقع فی ضمن الدفع، فكان الدافع وكيل فی القبض و النقل.

و يحتمل كون التصـرّف مصدرا، و يدفع مضارعا، أی لأنّ الدفع إليها تصـرّف يدفع المتبرّع، و هو الدافع عنه- أی عن المدفوع- فإنّه تصرّف عن الأجنبيّ الموهوب منه، فهو كتصرّفه، و تصرف المتّهب بـدفع الواهب عن الموهوب.

و لو قـال الأب: دفعت المهر عن الصـغير لأرجع به عليه قبل قوله إن كان موسـرا أو صـرّح فی العقـد بنفی الضـمان عن نفسه لأنّه أمين عليه أی على الولد، لتفويض أموره فی ماله و غيره، مع أصالة عدم التبرّع، فله أن يرجع بمثله فی ماله صـغيرا، و أن يطالبه به إذا بلغ، لأنّ كلّ ما فعله بالولاية فهو ماض عليه ما لم يعلم مخالفته المصلحة.

و لو طلّق الزوج- و يجوز على بنـاء المجهول أی أوقع الطلاق- قبل أن يـدفع الأب عن الصـغير المعسـر أی إذا زوّج ابنه الصـغير المعسـر و لم يـدفع المهر حتّى بلغ و طلّق قبـل الـدخول سـقط النصف عن ذمّـة الأب و الابن و هو ظاهر. و لم يكن للابن مطالبة الأب بشـیء لأنّه بضـمانه تمام المهر للمرأة لا يثبت للابن عليه شـیء، و إنّما ينتقل إليه المهر بدفعه عنه إليها، كما أنّ المديون لا يطالب الضامن عنه بشیء إذا أبرأه المضمون له.

نعم إن كان المهر عينا للأب ملكتها المرأة بالإصداق و إن لم يقبضها، فإذا طلّقها يرجع إليه لا إلى الأب نصفها.

و لو كان الولد معسرا بالبعض من المهر ضمنه الأب خاصّة للأصل من غير معارض.

و لو تبرّأ الأب فی العقد من ضمان العهدة صحّ و لم يضمن

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴۷۹

إن علمت المرأة بالإعسار لأنّ «المؤمنين عند شروطهم» و لدخول المرأة على ذلك، و للاقتصار فی خلاف الأصل على المتيقّن.

و أمّـا إن لم تعلم بالإعسار، فحكم الضـمان أيضا كـذلك، لكنّها تختار فی الفسـخ على قول. و يحتمل أن لا يكون كـذلك بناء على أنّهـا إذا لم تعلم بالإعسـار فلعلّهـا تظنّ الإيسـار، و أنّ التبرّؤ تبرّؤ ممّا ليس عليه من الضـمان فلـذلك رضـيت به، و لو كانت علمت بأنّ عليه الضمان لم ترض بالتبرّؤ منه.

[الفصل الخامس فی التنازع]

الفصـل الخـامس فی التنـازع إذا اختلفـا فی اسـتحقاق أصـل المهر قبل الـدخول فالقول قول الزوج مع اليمين بلا إشـكال لإمكان

تجرّد العقد عنه فيبقى الأصل «۱» بلا معارض. و كذا بعده فى المشـهور، لإمكان البراءة الأصليّة بكونه عند العقد صغيرا معسرا أو عبدا، و للأخبار كقول الصادق عليه السّـلام فى خبر الحسن بن زياد: إذا دخل الرجل بامرأته ثمّ ادّعت المهر و قال: قد أعطيتك، فعليها البيّنة، و عليه اليمين «۲». و فى صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج: إذا أهديت إليه و دخلت بيته و طلبت بعد ذلك فلا شىء لها، إنّه كثير لها أن تستحلف باللّه مالها قبله من صداقها قليل و لا كثير «۳».

و يشكل بأنّ الأصل مع الدخول شغل ذمّة الزوج، خصوصا إذا علم انتفاء الأمرين من الصغر مع الإعسار و الرقّ، و ظاهر الأخبار تنزيلها على ما إذا كانت العادة الإقباض قبل الدخول، و كذلك كان الأمر قديما، فإنّ الظاهر يمكن ترجيحه على الأصل.

و لذلك كان التحقيق أنّه إن أنكر التسمية رأسا فى العقد و بعده

---

(۱) فى المطبوع: أصل البراءة.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵ ب ۸ من أبواب المهور ح ۷.

(۳) المصدر السابق ح ۸.

صدّق باليمين قبل الدخول و بعده للأصل. لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة، و مع الدخول مهر المثل إلّا إذا ادّعى عليها التدليس و أثبت الدعوى، و لم نقل بثبوته لها إذا دلّست.

و الأقرب أنّ دعواها إن قصرت عنهما أى عن المتعة و لم يدخل بها أو عن مهر المثل و دخل بها ثبت لها ما ادعته بالطلاق أو الدخول، من غير تكليفه اليمين، و لم يثبت الزائد لاعترافها بالبراءة منه.

و لو أنكر الاستحقاق عقيب دعواها إيّاه أى الاستحقاق أو دعواها التسمية فإن اعترف بالنكاح أى الوطء كما نصّ عليه نفسه فيما نقل عنه فى الإيضاح «۱» فالأقرب عدم سماعه أى الإنكار، و إن اعترف بالعقد فالأقرب عدم سماع إنكار الاستحقاق رأسا، أى: حتّى بالوطء.

و وجه القرب: أنّ الأصل إيجاب الدخول فى العقد الصحيح للمسمّى و مهر المثل على الزوج، و إنّما يسقط عنه بالتدليس أو ضمان الأب أو المولى، و الكلّ خلاف الأصل، فلا بد له إذا أنكر الاستحقاق أن يثبت مسقطة، فالإنكار بنفسه غير مسموع، و أمّا دعوى المسقط فتسمع و عليه الإثبات، و إن لم يعترف بالدخول سمع الإنكار، و عليها إثباته أو إثبات الاستحقاق أو التسمية.

و لو اختلفا فى قدره أو وصفه من [نحو] الجودة و الرداءة و التعجيل و التأجيل، و بالجملة ما يختلف به الموصوف زيادة و نقصان، و فى التحرير: أو جنسه «۲» أو ادعى التسمية و أنكرت قدّم قوله و لو قدّره بأرزة أى ربع حبّة، و الحبّة ثلث قيراط، و هو جزء من عشرين جزء من دينار، أى بأقلّ ما يتموّل، إذ ليس لما دون الأرزة اسم خاصّ مع اليمين لأصل البراءة من الزائد.

و صحيح أبى عبيدة عن الباقر عليه السّـلام فى رجل تزوّج امرأة فلم يدخل بها فادعت أنّ صداقها مائة دينار، و ذكر الزوج أنّ صداقها خمسون دينارا، و ليس لها

---

(۱) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۲۳۹.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۳۹ س ۱۴.

بيّنة على ذلك، قال: القول قول الزوج مع يمينه «۱». و أصالة عدم التأجيل أو زيادة الأجل معارض بأصالة عدم الزيادة، فإنّ

التأجيل نقص فى المهر و أصالة عدم اشتغال الذمّة الآن مثلا.

و أمّا إذا كان اختلافهما فى التسمية و عدمها للاختلاف فى التعيّن و عدمه من غير اشتمال على الاختلاف بالزيادة و النقصان، أو مع الاشتمال عليه أيضا، فإنّما يقدّم قوله، لأنّه الظاهر، و لأصالة براءته من غير تلك العين، لكن يعارضهما أصالة عدم التسمية و عدم التعيّن.

فالأقوى تقديم قولها، و خصوصا إذا كان قبل الطلاق و الدخول، فإنّها تعترف بعدم استحقاقها الآن شيئا، فلينزّل الكلام على ما اشتمل على الاختلاف بالزيادة و النقصان، و إن كان مهر المثل متعيّنا فى النقد الغالب مثلا اتّجه التحالف إن خالفه العين المدّعى تسميتها، و كذا يتحالفان إن لم يختلف الوصفان المختلف فيهما بالزيادة و النقصان، و ربّما احتمل التحالف مطلقا، لإنكار كلّ ما يدّعيه الآخر.

و أمّا فى الاختلاف فى الجنس فالظاهر التحالف و إن اختلفا قيمة كما فى الجامع «٢»، و لكن الأكثر و منهم: المنصف فى التحرير «٣» أطلقوا تقديم قوله، و ظاهر الخلاف الإجماع عليه «۴» فلعلّهم أرادوا ما إذا اختلفا قيمة، و إن أريد المطلق فوجهه أصالة براءته من غير العين التى تدّعيها.

و يمكن أن يكون المراد الجنس الذى لا يتعلّق الغرض غالبا بعينه كالنقدين الغالبين، كأن تدّعى عليه مائة دينار فيقول: مائة درهم، فيقوى القول بتقديم قوله، و يرشد إليه تمثيلهم بذلك.

و ليس ببعيد من الصواب تقديم من يدّعى مهر المثل منهما، لأنّه الأصل و الظاهر. فإن ادّعى النقصان عنه و ادعت الزيادة عليه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٨ ب ١٨ من أبواب المهور ح ١.

(٢) الجامع للشرائع: ص ۴۴٣.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣٩ س ١۴.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ٣٨٣ المسألة ٢۵.

تحالفا لمخالفتهما الأصل و الظاهر و ردّ إليه أى مهر المثل لبطلان التسميتين بالتحالف، و كلّما بطل المسمّى ثبت مهر المثل.

و لو ادّعيا بالزيادة عليه المختلفة احتمل تقديم قوله، لأنّه أكثر من مهر المثل فإذا قدّم دعواه مهر المثل فالزائد أولى، ثمّ الأصل البراءة ممّا تدّعيه من الزيادة، و لأنّه أقرب إلى الأصل.

و احتمل الرجوع إلى مهر المثل لاشتراك الدعويين فى مخالفة الأصل و الظاهر، و لأنّه يسقط دعواها بيمينه و دعواه بإقرارها، و إذا بطلا ثبت مهر المثل.

و لو ادعيا النقصان عنه المختلف احتمل تقديم قولها لأنّه أولى بالقبول من مهر المثل، و لأنّه أقرب إلى الأصل و احتمل ثبوت مهر المثل بعد التحالف لمثل ما عرفت و احتمل تقديم قوله، لأنّهما اتفقا على عدم استحقاق مهر المثل، و الأصل البراءة من الزائد.

و لو كان الاختلاف فى التسليم قدّم قولها مع اليمين للأصل سواء دخل أو لا إلّا إذا ترجّح الظاهر على الأصل كما كانت العادة قديما من تقديم المهر على الدخول، و عليه تحمل الأخبار الناطقة بتقديم قوله بعد الدخول «١».

و فى صداق الخلاف: أنّ بتقديم قولها الإجماع و الأخبار «٢». و فى نفقاته: أنّ بتقديم قوله الإجماع و الأخبار «٣». و ينبغى الجمع بحمل الثانى على ما إذا جرت العادة بالتقديم، و الأوّل على خلافه.

و لو قال: هذا ابنى منها فالأقرب ثبوت مهر المثل مع إنكار النكاح أو التسمية أو أصل المهر أو أن يسكت عنها، فإنّ الإقرار بثبوت النسب يدلّ على الوطء المحترم، لأنّ تكوّن الولد من غير وطء نادر جدّا، و احتمال زناها مضمحلّ بالأصل، و الوطء المحترم يستدعى المهر، و الأصل فيه مهر المثل إلى

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٣ ب ٨ من أبواب المهور.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ٣٨۵ المسألة ٢٧.

(٣) الخلاف: ج ۵ ص ١١۶ المسألة ١٢.

أن يثبت خلافه، فإذا سكت أو أنكر أحد الثلاثة لزمه مهر المثل إلى أن يثبت فى صورتى السكوت و إنكار أصل المهر خلافه، و فى الصورتين الأخريين براءته بالإبراء أو بزناها أو تدليسها أو رقّه أو صغره و إعساره. و تردّد فى التحرير «١» من ذلك، و من الاحتمالات.

و لو خلا بها فادّعت المواقعة بها قبلا فأقام البيّنة بالبكارة بطلت الدعوى كما فى الشرائع «٢» من غير يمين، لبعد احتمال عودها إلّا أن تدّعيه و تقيم البيّنة بالمواقعة أو بالزوال سابقا، و يرد عليه أنّ الختانين يلتقيان و لا تزول البكارة. و الّا يقم البيّنة بالبكارة حلف للبراءة الأصليّة من المهر كلّا أو بعضا، و أصالة عدم الدخول، فهو منكر و اليمين على من أنكر.

و قيل فى النهاية: بل تحلف هى «٣» و هو المحكيّ عن ابن أبى عمير «۴» لمعارضة الأصل بالظاهر لأنّ شاهد حال الصحيح المواقعة مع الخلوة بالحليلة و لنحو خبر محمّد بن مسلم سأل الباقر عليه السّلام عن المهر متى يجب؟ قال: إذا أرخيت الستور و أجيف الباب «۵».

و لو اتفقا على إصداق تعليم سورة معيّنة و قالت: علّمنى غير تلك السورة، قدّم قولها مع اليمين للأصل، و لا فرق بين أن لا تحفظها أو تحفظها و تدّعى حفظها من غيره.

و لو أقامت بيّنة بعقدين على مهرين متّفقين أو مختلفين فادّعى التكرير فأنكرت قدّم قولها من غير خلاف يظهر، لأنّ معها الأصل و الظاهر، فإن الأصل و الظاهر التأسيس و الحقيقة فى لفظ العقد و فى صيغته، و لا عقد على المكرّر حقيقة، و لا الصيغة المكرّرة بمعنى الإنشاء المعتبر فى العقود، و إن أمكن أن يقال: إنّ الأصل فى كلّ حادث عدمه فالأصل عدم نكاحين، و البيّنة إنّما تشهد

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٣٩ س ١٣.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣٣.

(٣) النهاية: ج ٢ ص ٣٢٢.

(۴) الكافى: ج ۶ ص ١١٠ ذيل الحديث ٧.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۶٨ ب ۵۵ من أبواب المهور ح ۶.

بلفظ ظاهره الإنكاح، و إن شهدت بلفظ العقد فإنّ العقد لا يتمّ إلّا بالقصد، و لا يمكن الشهادة به.

و يجب مهران كاملان، لما عرفت من أنّها تملك تمام المهر بالعقد، و إنّما يسقط كلّا أو بعضا بما يطرأ من انفساخ أو طلاق، و الأصل عدمه.

و قيل فى المبسوط على تردّد إنّما يجب مهر و نصف «۱» و هو المحكىّ عن والد المصنّف رحمه اللّه «۲» لأنّ استقرار تمامه بالدخول، و الأصل عدمه، فلا يثبت لها بالنكاح الأوّل إلّا النصف.

و قيل: لا يجب إلّا مهر واحد «۳» لأنّه إنّما يثبت لها التمام إذا لم يطرأ ما يسقطه من الانفساخ بعيب أو تدليس أو ردّة، و هو غير معلوم، و الأصل البراءة، فلا يحكم بالثبوت إلّا مع اليقين.

و لو قال: أصدقتك العبد، فقالت: بل الجارية، فالأقرب التحالف وفاقا للجامع «۴» لإنكار كلّ ما يدّعيه الآخر و ثبوت مهر المثل إذا حلفا لبطلان التسميتين.

و يحتمل تقديم قوله مع اليمين وفاقا لإطلاق الشيخ «۵» و جماعة تقديم قوله مع الاختلاف فى الجنس، لأصالة براءته من غير ما يدّعيه، و ضعفه بيّن. و إن اختلفا قيمة أمكن أن يقال لأصالة براءته من الزائد، و هو أيضا ضعيف.

و لو كان أبواها فى ملكه فقال: أصدقتك أباك، فقالت: بل أمّى، فعلى الأوّل يتحالفان و يبطل التسميتان و يرجع الأمر «۶» أو الزوجة أو البناء للمفعول إلى مهر المثل، و يعتق الأب ظاهرا على المولى بإقراره و إن حلفت دونه عتق الأبوان، فالأب بإقرار المولى و الامّ بحلفها و إقرارها.

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۲۹۱.

(۲) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۱۷۷.

(۳) مسالك الأفهام: ج ۸ ص ۳۰۶.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۴۳.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۰۰.

(۶) فى ن زيادة: أو المهر.

و ميراثه أى الأب على التقديرين موقوف، إذ لا يدّعيه أحدهما، و على الثانى يعتق عليها، و لا شي‌ء لها و قد يحتمل أن يكون لها منه ما يساوى قيمة الأمّ، فيعتق عليها ذلك و يبقى الباقى موقوفا.

و ميراثه لها فإنّها و إن لم تدّعه إلّا أنّ الحكم بعتقه عليها يستلزم الحكم بملكها له، و هو يستلزم كون الميراث لها و إن أنكرته. و قيل بالوقف فيه أيضا، لاشتراك العلّة، و هى الإنكار.

و الجواب: أنّ العلّة ليست مجرّد الإنكار، بل هو مع عدم الحكم شرعا بملكها له، و لو سلّم فإنّما يؤثّر إذا لم يعارضه أقوى منه. و الفرق بينه و بين العتق حيث حكمنا به مع إبطالنا لكونه صداقا بيمينها تغليب الحرّيّة و إن كان إنكاره لملكه له بالذات و بصريح اللفظ، بخلاف إنكارها الميراث، فإنّه من توابع إنكارها الملكيّة، و إنّ قضية الحكم هنا الملكيّة و هناك العدم. و على القول بالوقف قيل: إنّه إنّما يوقف ما زاد منه على قيمة الأمّ لاتفاقهما على استحقاقها ذلك، و هو ممنوع.

و إذا اختلف الزوج و الولىّ للزوجة فكلّ موضع قدّمنا فيه قول الزوج مع اليمين يقدّم هنا سواء وجّه الدعوى إلى الولىّ أو المولّى عليه و يتولّى الولىّ إحلافه لكمال الحالف، و قيام الولىّ مقام المولّى عليه.

و كلّ موضع قدّمنا فيه قولها مع اليمين صبر حتّى تكمل و تحلف، أمّا لو ادّعى التسليم إلى الولىّ أو الوكيل له أو لها إن كانت كاملة فإنّ اليمين عليهما لتوجّه الدعوى إليهما، فلا جهة للصبر إلى كمالها، و كذا لو ادّعى عليهما الإصداق، فإنّه جزء العقد الذى يتولّيانه.

و ورثـة الزوجين كالزوجين فيما يتعلّق بنكاحهما، فكلّما قـدّم قول الزوج قـدّم قول ورثته و بالعكس إلّا أنّ يمين الورثـة على نفى فعـل مورّثهم إنّمـا هى على نفى العلم لعـدم إمكـان العلم بنفى فعل الغير غالبا، فلا يحلفون إلّا إذا ادّعى عليهم العلم، و لا يترتّب على يمينهم إلّا ما يترتّب على سائر الأيمان على نفى العلم.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴٨۶

و لو دفع إليها مساوى المهر المعيّن أو المطلق فادّعت دفعه إليها هبـة قدّم قوله مع اليمين إن ادّعت تلفّظه بالهبة و نحوها و إلّا قبل قوله بغير يمين و ذلـك بـأن تـدّعى أنّه نوى بالـدفع الهبـة، لأنّه لو نواه لم يصـر هبـة مـا لم يلفظ بلفظها، فلو اعترف بما ادعته لم ينفعها، إلّا على القول بكفاية المعاطاة فى الهبة.

و يبرأ الزوج بدفع المهر إلى الزوجة مع بلوغها و رشدها لا مع زوال أحدهما إذ لا عبرة بقبضـها حينئذ و يدفعه الى وليّها مع زوال أحـدهما لقيامه حينئـذ مقامها فى كلّ ما يأخـذ، و يـذر من أموالها لا بـدونه أى بدون الزوال، إذ لا ولاية له حينئذ عليها و إن قلنا بالولاية على البكر البالغة فى النكاح.

و بالدفع إلى الوكيل فيه أى فى قبضه لا فى العقد لعدم التلازم بين الوكالة فيه و الإذن فى قبض المهر.

[المقصد الثالث فى القسم و فيه فصول]

اشارة

المقصد الثالث فى القسم بفتح القاف، و هو قسـمت الليالى بين الأزواج و الشقاق بكسر الشين، و هو الخلاف بين الزوجين. و فيه فصول ستّة:

[الفصل الأوّل فى مستحقّ القسم]

الأوّل فى مسـتحقّ القسم لكلّ من الزوجين من جهـة الزوجيّـة زيادة عن حقوق الاشتراك فى الإنسانيّة و الإيمان حقّ على صاحبه من جهات كما نطق به الكتاب و السنّة، و أطبقت عليه المسـلمون فكما يجب على الزوج النفقة و الإسكان و غيرهما كذا يجب على الزوجة التمكين من الاستمتاع و ازالة المنفّر من الدرن و الروائح الخبيثة و نحو ذلك.

و من الحقوق: القسـمة بين الأزواج و لا خلاف فى وجوبها فى الجملـة، و الأخبار تـدلّ عليه، و يمكن الـدخول فى قوله تعالى «وَ عاشِرُوهُنَّ

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۴٨٧

بِالْمَعْرُوفِ» «١» و هو حقّ بخصوصه على الزوج و إن كـان حقّـا عليها أيضا كما يصـرّح به الآن، من جهـة عموم وجوب التمكين عليها ممّا له من الاسـتمتاعات حرّا كان الزوج أو عبدا، مسـلما كان أو كافرا، عاقلا كان أو مجنونا، خصيّا كان أو مجبوبا، و لعلّه أدخله فى الخصىّ أو عنّينا أو سليما لعموم الأدلّة، و منها اشتراك الحكمة فى القسم و هى الاستيناس و إن خلا عن الاستمتاع.

و لكن يتولّى الولىّ القسـمة عن المجنون لرفع القلم عنه «٢» فيطوف به على نسائه أو يـدعو إليه نساءه، أو بالتفريق بالعـدل إلّا أن يتضـرّر به، أو لا يؤمن، فإن جار أثم، فإن أفاق فالشيخ قطع بالقضاء «٣»، و فيه تردّد، و وجوب تولّيهـا على الولىّ، لأنّه القائم مقام المولّى عليه فيما له و عليه، فكما عليه الإسكان و إيفاء المهر و النفقة، فكذا عليه القسم ابتداء إن أوجبناه ابتداء، و إلّا فحيث ابتدأ

به و هو مفيق، و لأنّه من مصالحه كأصل النكاح، و عدم الوجوب وجه للشافعيّة «۴»، لانتفاء الحكمة و هى الاستيناس.

و هو حقّ مشترك بين الزوجين لاشتراك ثمرته و هى الاستيناس، و لأنّ الأخبار توجب استحقاقها، و حقّ الاستمتاع يوجب استحقاقه.

فلكلّ منهما الخيار فى قبول إسقاط صاحبه له و عدمه، و لا يتعيّن عليه القبول، ثمّ لا شبهة فى استحقاقه مطلقا. و المشهور استحقاقها أيضا كذلك، لإطلاق النصوص «۵» و الفتاوى.

و قيل فى الشرائع «۶» و المبسوط «۷»: لا يجب عليه القسمة إلّا إذا ابتدأ بها فله ابتداء أن لا يبيت عند أحد منهنّ، و أمّا إذا بات ليلة عند إحداهنّ

---

(۱) النساء: ۱۹.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱ ص ۳۲ ب ۴ من أبواب مقدّمات العبادة ح ۱۱.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۹.

(۴) المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۱۴۰.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۴ ص ۸۴ ب ۵ من أبواب القسم و النشوز.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۳۵.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۵.

فيجب عليه التسوية بينهنّ فى المبيت، و ذلك للأصل السالم عن المعارض، إذ لا نصوصيّة فى الأخبار على الوجوب مطلقا.

و فى المبسوط: لأنّه حقّ له، فإذا أسقطه لم يجبر عليه «۱» يعنى أنّ المتيقّن إنّما هو استحقاقه له مطلقا، و أمّا استحقاقهنّ فإنّما يتيقّن على جهة العدل، و هو إنّما يكون إذا ابتدأ بالمبيت عند إحداهنّ.

فعلى الأوّل و هو الوجوب مطلقا لو كان له زوجة واحدة وجب عليه لها مبيت ليلة من أربع كما نصّ عليه سلّار «۲» و ابن إدريس «۳» و الثلاث الأخر يضعها أين شاء و فى الوسيلة اشتراط وجوب القسم بزيادة الزوجة على واحدة «۴»، و هو ظاهر المقنعة «۵» و النهاية «۶» و المهذّب «۷» و الجامع «۸».

و لو كان له زوجتان فلهما ليلتان و له ليلتان يبيتهما أين شاء و لو عند إحداهما إجماعا كما فى الخلاف «۹» و الغنية «۱۰»، و لا ينافى العدل، فإنّهما ليستا من حقّهما فى شيء ليلزم الجور بتخصيص إحداهما بهما، و إنّما هما له، يتفضّل بهما على من يشاء، و لا مانع من التفضّل، و ينصّ عليه الأخبار كقول الصادق عليه السّلام فى خبر الحسن بن زيادة: و للرجل أن يفضّل نساءه بعضهنّ على بعض ما لم يكنّ أربعا «۱۱».

و لو كان له ثلاث فلهنّ ثلاث من أربع و له الرابعة يضعها حيث يشاء.

و لو كنّ أربعا وجب لكلّ واحدة ليلة لا يحلّ له الإخلال بها إلّا مع العذر أو السفر أو إذنهنّ أو إذن بعضهنّ فيحلّ له الإخلال فيما يخصّ العذر

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۵.

(۲) المراسم: ص ۱۵۳.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٦٠٧.

(۴) الوسيلة: ص ٣١٢.

(۵) المقنعة: ص ۵١۶.

(۶) النهاية: ج ٢ ص ٣۵۴.

(٧) المهذّب: ج ٢ ص ٢٢۵.

(٨) الجامع للشرائع: ص ۴۵۶.

(٩) الخلاف: ج ۴ ص ۴١٢ المسألة ۴.

(١٠) الغنية: ص ٣۵٠.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٨٣ ب ٢ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ٩.

أو السفر أو الإذن و لإذنه بات فيه عند من ليست له القسمة منهنّ، أو لا عند أحد منهنّ، فيجب عليه عند انتفائها استئناف الدور إذا تمّ، على الترتيب الذى ابتدأه.

و على الثانى لو كان له زوجة واحدة لم يجب عليه قسمة أصلا، بل يبيت عندها متى شاء و يعتزلها متى شاء و لو كنّ أكثر فإن أعرض عنهنّ فلم يبت عند أحد منهنّ جاز، و إن بات عند واحدة منهنّ ليلة، لزمه فى الباقيات مثلها فهو ابتداء القسمة، و كذا لو بات عندها ليلتين أو أزيد على قول، و إذا تمّ الدور جاز الاعتزال عنهنّ ما شاء، ثمّ إذا بات عند إحداهنّ استأنف القسمة و هكذا.

و تستحق القسمة إذا وجبت المريضة إلّا مرضا يعدى فإنّه من العذر المسقط للقسمة لها و الرتقاء و منها العفلاء و القرناء كما عرفت و الحائض و النفساء و المحرمة و من آلى منها أو ظاهر، لأنّ المراد من القسمة الأنس دون الوقاع و الأدلّة تعمّهنّ.

و إنّما تستحقّ القسمة الزوجة بعقد الدوام يجوز تعلّق الجار بالزوجيّة و بالاستحقاق و هى تستحقّها سواء كانت حرّة أو أمة، مسلمة أو كتابيّة لعموم الأدلّة، و خصوص الأخبار فى الأمة «١»، و ظاهر المفيد عدمها للأمة «٢»، فإن كان ذهب إليه، فلعلّه استند إلى عموم قوله تعالى: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّٰا تَعْدِلُوا فَوٰاحِدَةً أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» «٣» و خبر معمّر بن خلّاد سأل الرضا عليه السّلام هل يفضّل الرجل نساءه بعضهنّ على بعض؟ قال: لا، و لا بأس به فى الإماء «۴».

و لا قسمة لملك اليمين و إن كنّ مستولدات بالاتفاق، و يعضده الأصل و الآية و الخبر.

و لا لمتمتّع بها بالاتفاق أيضا على الظاهر، و يؤيّده الأصل لتبادر

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٨٧ ب ٨ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ٢.

(٢) المقنعة: ص ۵١٨.

(٣) النساء: ٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٨٣ ب ٣ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ٢.

الدائمات من الأزواج، و كونهنّ بمنزلة الإماء و المستأجرات، و جواز التمتّع لمن له أربع دائمات على المشهور. و نحو خبر هشام بن سالم عن الصادق عليه السّلام عمّا يقال لمن يتمتّع بها، قال: يقول لها: أتزوّجك على كتاب اللّه و سنّة نبيّه صلّى اللّه عليه و آله، و اللّه وليّى و وليّك، كذا و كذا شهرا بكذا و كذا درهما، على أنّ لى عليك كفيلا لتفينّ لى، لا اقسّم لك و لا أطلب

ولدک «۱» الخبر.

و حکی الحسن قولا بالقسمة لها «۲». و فی المختلف: لا أظنّ القائل به أحدا من أصحابنا «۳».

و لا قسمة للناشزة إلی أن تعود إلی الطاعة قطع به الشیخ «۴» و جماعة، أمّا النشوز بالخروج من المنزل، أو الامتناع من المضاجعة فلا شبهة فیه، و أمّا بغیر ذلک فیمکن أن یکون ترک القسمة لها من إنکار المنکر، و أن یفهم من قوله تعالی:

«وَ اللّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ» «۵» علی وجه.

و لو سافرت بغیر إذنه فی المباح أو المندوب فهی ناشزة لحرمته علیها، و تفویتها علی نفسها القسم، فلا تستحقّه أداء و لا قضاء.

و لو سافرت بإذنه فلو کان فی غرضه وجب القضاء فإنّه الذی فوّته علیها.

و لو کان فی غرضها فلا قضاء لأنّها التی فوّتته علی نفسها لمصلحتها، و الأصل عدم وجوب القضاء. و استقرب وجوبه فی التحریر «۶»، و لعموم الأدلّة، و عدم النشوز، و غرضها یشمل الواجب الموسّع و المضیّق، و الوجوب فیه أقوی منه فی غیره.

و لو کان یجنّ و یفیق لم یجز له أن تختصّ واحدة بنوبة الإفاقة إن

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۴۶۷ ب ۱۸ من أبواب المتعة ح ۶.

(۲) مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۳۱۹.

(۳) المصدر السابق.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۱.

(۵) النساء: ۳۴.

(۶) تحریر الأحکام: ج ۲ ص ۴۱ س ۱۳.

کان نوبتها مضبوطا بأن یجنّ لیلا و یفیق لیلا مثلا، بل یطرح لیالی الجنون و ینزّلها منزلة لیالی الغیبة، و یقسّم أوقات الإفاقة، فلو أقام فی الجنون عند واحدة لم یقض لغیرها، إذ لا اعتداد به، و یحتمل القضاء. و یحتمل أن یکون إلیه القسمة أوقات الإفاقة، و إلی الولیّ القسمة أوقات الجنون، فیکون لکلّ منهنّ نوبة من کلّ من الحالتین.

و إن لم یکن نوبة الإفاقة مضبوطا فأفاق فی نوبة واحدة، قضی للأخری ما جری له فی الجنون أی لم یعتدّ بکونه عندها فی الجنون و ان کان بقسمة الولیّ لقصور حقّها من الاستئناس من حالة الجنون.

و لو خاف من أذی زوجته المجنونة سقط حقّها فی القسمة للضرورة. و إلّا وجب للعموم، و انتفاء العذر، و الظاهر السقوط إذا لم یکن لها شعور تنتفع بالقسم و تستأنس.

[الفصل الثانی فی مکانه و زمانه]

الفصل الثانی فی مکانه و زمانه أمّا المکان فإنّه یجب علیه أن ینزّل کلّ واحدة منزلا بانفرادها عن الأخری، و فی التحریر: «و من أقاربه» «۱» و ذلک للأمر بالمعاشرة معهنّ بالمعروف، و نزولهنّ منزلا واحدا مع شدّة الوحشة بینهنّ إضرار بهنّ، و مورث لکثرة المخاصمة، و الخروج عن الطاعة، و یمکن دخوله تحت قوله تعالی:

«أَسْکِنُوهُنَّ مِنْ حَیْثُ سَکَنْتُمْ مِنْ وُجْدِکُمْ وَ لا تُضآرُّوهُنَّ لِتُضَیِّقُوا عَلَیْهِنَّ» «۲».

و المراد بالمنزل ما يقدر عليه و يليق بحالها من دار و حجرة، فاللواتى يليق بهنّ الدّار ينزّل كلّا فى دار.

و لا يجمع بين ضرّتين فى منزل أى دار إلّا مع اختيارهنّ أو تخصيص كلّ منهنّ بحجرة من الدار مع انفصال المرافق أى ما يرتفق به من فيها من الميضاة و مصابّ المياه و نحو ذلك، و اللواتى يليق بهنّ البيوت الفردة، له

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۴١ س ٩.

(٢) الطلاق: ۶.

أن يسكّن كلّا منهنّ فى بيت من خان أو دار واحدة، و لا يجمع بين ضرّتين فى بيت واحد إلّا مع الرضا.

و له أن ينفرد بمنزل و يستدعيهنّ إليه على التناوب، و له المضىّ إلى كلّ واحدة ليلة، و أن يستدعى بعضا و يمضى إلى بعض للأصل، و تحقّق القسم بالجميع، و إن استلزم التفريق بالمضىّ و الاستدعاء، التفضيل بينهنّ، فإنّه لا يجب عليه التسوية بينهنّ من كلّ وجه.

و لو لم ينفرد بمنزل، بل كان كلّ ليلة عند واحدة كان أولى تأسّيا بالنبى صلّى اللّه عليه و آله و لأنّه أجبر لقلوبهنّ، خصوصا بالنسبة إلى تفريقهنّ بالاستدعاء و المضىّ، و إن كانت المنازل دورا متفرّقة، فمن البيّن أنّ الأولى عدم تكليفهنّ بالخروج.

و لو استدعى واحدة فامتنعت لا لعذر فهى ناشزة لوجوب الإجابة، و لذا كان القسم حقّا مشتركا بينهما و لا نفقة لها و لا قسمة إلى أن تعود إلى طاعته لأنّهما بإزاء التمكين، و لأنّها فوّتت على نفسها القسمة.

و هل له أن يساكن واحدة و يستدعى الباقيات إليها؟ للقسم فيه نظر، لما فيه من التخصيص المشكوك فى جوازه من الأصل، و كونه كسائر التخصيصات المباحة بالأصل، و بقوله تعالى: «وَ لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسٰاءِ وَ لَوْ حَرَصْتُمْ فَلٰا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ» «١». و من الخروج عن المعاشرة بالمعروف، و إمكان الدخول فى قوله تعالى: «وَ لٰا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ» «٢» و لأنّه بمنزلة إسكان ضرّتين فى بيت.

و أمّا الزمان فعماد القسم الليل، و أمّا النهار فلمعاشه لقوله تعالى:

«هُوَ الَّذِى جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ» «٣» و قوله «وَ جَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبٰاساً. وَ جَعَلْنَا النَّهٰارَ مَعٰاشاً» «۴».

---

(١) النساء: ١٢٩.

(٢) الطلاق: ۶.

(٣) يونس: ۶٧.

(۴) النبإ: ١٠- ١١.

و قيل و القائل أبو على يكون عندها ليلا و يظلّ عندها صبيحتها «١»، و هو مروىّ عن إبراهيم الكرخى سأل الصادق عليه السّلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهنّ فى لياليهنّ و يمسّهنّ، فإذا نام عند الرابعة لم يمسّها فهل عليه فى هذا إثم؟ فقال: إنّما عليه أن يكون عندها فى ليلتها و يظلّ عندها صبيحتها، و ليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك «٢». لكنّ المحكىّ عن أبى على فى المختلف أن يقيل عندها فى صبيحتها، و لعلّه إنّما أراد ما فى الخبر، إذ من البيّن عدم اشتراط القيلولة على النوم قبل الظهر، و إن كان أوّل النّهار فكثير.

و يمكن أن يكون أراد أنّ العمدة فى القسمة هو المضاجعة، فدخول الصبيحة لعلّه بمعنى أنه إذا أراد النوم فيها نام معها فيضاجعها.

و لو كان معاشه ليلا كالوقّاد كالأتّونى و هو كتمّار، و إلّا ف «و قد» لازم و الحارس و البزّار أى من يستخرج الدهن من البزور قسّم بالنهار، و يكون الليل لمعاشه جمعا بين الحقّين، و لقوله تعالى: «وَ هُوَ الَّذِي جَعَلَ اللَّيْلَ وَ النَّهارَ خِلْفَةً» «٣».

و لا يجوز له أن يدخل فى ليلتها على ضرّتها لاستيعاب حقّها تمام الليل إلّا لعيادتها فى مرضها إن كان شديدا كما فى المبسوط «۴»، أو لتمريضها إن لم يكن لها من يمرّضها أو نحو ذلك ممّا يعدّ من الضرورات.

فإن استوعى هو أو الدخول أو العيادة الليلة قيل فى المبسوط «۵»: يقضى، لعدم إيصالها حقّها. و قيل فى الشرائع «۶»: لا لأنّه كما لو زار أجنبيّا بل أولى، للضرورة فيه دونه.

و فيه أنّ الفرق بينهما و بين الأجنبىّ ظاهر، و العدل فى القسمة إنّما اعتبر بين

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣١٨.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٨۴ ب ۵ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ١.

(٣) الفرقان: ۶٢.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ٣٢٧.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ٣٢٧- ٣٢٨.

(۶) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣٧.

الضرّات، و الضرورة إنّما أباحت البيتوتة عند المريضة، و هو لا ينفى وجوب القضاء لصاحبة النوبة، لصدق البيتوتة عند ضرّتها فى نوبتها و إن كانت للعيادة.

و له ذلك أى الدخول على ضرّتها بالنهار لحاجة و غيرها لما عرفت من انحصار زمان القسمة فى الليل. لكن يستحبّ أن يكون نهار كلّ ليلة عند صاحبتها أى الليلة لأنّه من المعاشرة بالمعروف و العدل، و لخبر الكرخىّ المتقدّم «١»، و لقول الرضا عليه السّلام فى خبر محمّد بن الفضيل: فالقسم للحرّة يومان و للأمة يوم «٢».

و قال الشيخ فى المبسوط: و القسمة يجب أن يكون بالليل، فأمّا بالنهار فله أن يدخل إلى أىّ امرأة شاء لحاجة أو سبب- ثمّ قال:- قد بيّنا أنّ القسم يكون ليلا، فكلّ امرأة قسم لها ليلا فإنّ لها نهار تلك الليلة، فإن أراد أن يبتدئ بالنهار جاز، و إن أراد أن يبتدئ بالليل جاز، لكن يستحب أن يبتدئ بالليل، لأنّه مقدّم على النهار، [و] لأنّ الشهور تؤرّخ بالليل، لأنّها تدخل بالليل.

و متى أراد الدخول إلى غير صاحبة القسم فلا يخلو أن يكون نهارا أو ليلا، فإن كان نهارا فيدخل عليها عيادة لها أو زيارة أو فى حاجة ليحدّثها أو يعطيها النفقة و ما يجرى هذا المجرى فإنّ له ذلك ما لم يلبث عندها فيجامعها، لأنّ النبى صلّى اللّه عليه و آله كذا كان يفعل.

و أمّا الدخول إليها ليلا فلا يجوز، سواء عادها أو زارها أو أراد السلام عليها أو يعطيها النفقة، لأنّ جميع الليل حقّ لغيرها، فإن اضطرّ إلى ذلك و هو أن تكون مريضة فثقلت فى تلك الليلة، فإنّه يجوز له أن يخرج إليها، لأنّه موضع ضرورة «٣».

و فى التحرير: النهار تابع لليلة الماضية، فلصاحبتها نهار تلك الليلة، لكن له أن يدخل فيه إلى غيرها لحاجة كعيادة أو دفع نفقة أو زيارتها أو استعلام حالها

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۴ ب ۵ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۳ ب ۴۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۴.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۶- ۳۲۷.

أو لغير حاجة، و ليس له الإطالة، و الأقرب جواز الجماع. و لو استوعب النهار قضاه لصاحبة الليلة- إلى أن قال:- و ليس له الدخول ليلا إلى غير صاحبة الليلة إلّا لضرورة، فإن استوعب الليلة قضى، و لو دخل لغير حاجة لم يطل «۱» انتهى.

و ما في الكتاب أقوى للأصل، و الاقتصار في خلافه على اليقين و إن كان ما فيهما أحوط.

و لو خرج في ليلة إلى ضرّة لا لضرورة من عيادة و نحوها و طال مكثه عند الضرّة ليلا ثمّ خرج إلى صاحبة الليل قضى مثل ذلك الزمان الذي فوّتها من نوبة الأخرى و هي صاحبة الليلة لها، فالظرف مستقرّ خال عن الزمان، و يجوز التعلّق بالقضاء، و يكون المراد بالأخرى هي الضرّة. و وجه القضاء ظاهر، لاشتراك كلّ الليلة و أجزائها في كونها حقّا لها، فكما عليه قضاء الكلّ فكذا الأجزاء.

و لو لم يطل المكث عند الضرّة عصى بالخروج إليها و لكن لا قضاء عليه كما في المبسوط قال: لأنّه يسير فلا يقدح في المقصود «۲».

فإن واقع الضرّة في الليلة التي خرج إليها في نوبة غيرها لضرورة أو لا لها ثمّ عاد إلى صاحبة الليلة لم يقض الجماع في حقّها، و لا حقّ غيرها من الباقيات سواء وجب عليه قضاء لبثه عندها أو لا لأنّه ليس واجبا في القسمة و للعامّة وجه للقضاء «۳».

و الواجب في القسمة المضاجعة عند النوم قريبا منها معطيا لها وجهه بحيث لا يعدّ هاجرا و إن لم يتلاصقا، و وجوب المضاجعة ممّا ذكره جماعة قاطعين به، و المرويّ الكون عندها، و قد يمكن فهم المضاجعة من قوله تعالى:

«وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضٰاجِعِ» «۴».

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۰ السطر الأخير.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۸.

(۳) الفقه على المذاهب الأربعة: ج ۴ ص ۲۴۳.

(۴) النساء: ۳۴.

لا المواقعة لأنّها لا تجب إلّا في كلّ أربعة أشهر، و لأنّها منوطة بالشهوة و النشاط غير داخلة تحت القدرة.

و لا يقسّم أقلّ من ليلة أي لا يصدق القسمة بالأقلّ، فلو قسّم ليلة بين زوجتيه أو زوجاته لم يكن ابتداء بالقسمة.

و لا يجوز إذا وجبت القسمة تنصيفها و لا تبعيضها بغيره إلّا إذا لزمه قضاء بعض ليلة، لخروجه عن الأخبار، و لأنّه ينقص العيش منها، فلا يكون من العدل و المعاشرة بالمعروف، و لا نعرف فيه خلافا.

و لا تقدير لأكثره عند الشيخ و جماعة، فيجوز أن يقسّم ليلتين ليلتين، و ثلاثا ثلاثا و هكذا «۱» للأصل، و حصول العدل. و ينبغي استثناء ما يؤدّي إلى الضرر و الاستيحاش كالسنة فصاعدا. و يستحبّ ليلة ليلة، لأنّه أقرب إلى الاستئناس و أبعد من لحوق عارض عن تمام الدورة للجميع، و للتأسّي به صلّى اللّه عليه و آله.

و استقرب المحقّق عدم الزيادة على ليلة «٢» للتأسّي. و فيه: أنّ القسمة لم يجب عليه صلّى اللّه عليه و آله و لأنّه قد يعرض المانع من إتمام الدورة. و فيه: أنّه مشترك، و للأخبار «٣» لتضمّنها استحقاق كلّ منها ليلة.

و قدّر الشيخ في المبسوط الأكثر بثلاث ليال «۴»، و أبو علي بسبع «۵»، و لعلّهما أخذا من تخصيص من تجدّد نكاحها بثلاث أو بسبع.

و هل يبتدئ بالقسمة إن تزوّجهنّ دفعة أو أخلّ بالقسمة لهنّ أو لا، كان محرّما عليه أو محلّلا له بالقرعة فمن خرجت باسمها ابتدأ القسمة لها أو الاختيار؟ فيه خلاف يبنى على الوجوب أي وجوب القسمة ابتداء

---

(١) سيجيء من المصنّف قدّس سرّه أنّ الشيخ في المبسوط قدّر الأكثر بثلاث ليال.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣۵.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٨٠ ب ١ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ٣٢٨.

(۵) حكاه عنه في مسالك الأفهام: ج ٨ ص ٣٢٧.

و عدمه فإن لم يجب فلا شبهة في أنّ له اختيار من شاء منهنّ ابتداء، لكن إذا ابتدأ بواحدة و كانت له ثلاث زوجات أو أربع قوى القرعة للبواقي، فإن وجبت ابتداء وجبت القرعة، لاشتراكهنّ في الاستحقاق من غير رجحان، و قد يفهم من فحوى الإقراع في السفر.

ثمّ إن كانت له زوجتان أقرع دفعة، و إن كنّ ثلاثا فدفعتين، و إن كنّ أربعا فثلاثا. و احتاط الشيخ بالقرعة مع قوله بعدم الوجوب ابتداء «١».

و يمكن أن يقال- كما ربّما يظهر من الشرائع «٢» و التلخيص «٣» بعدم الحاجة إلى القرعة، إلّا إذا تزوّج بهما أو بهنّ دفعة أي في يوم أو ليلة «۴» إذ مع ترتّبهنّ في النكاح يترتّبن في الاستحقاق.

و يمكن أن يعكس مبنى الخلاف فيقال: إنّما تجب القرعة إذا تزوّجن به دفعة أو لم تجب القسمة ابتداء، فإنّه حينئذ لا يكون لهنّ حقّ من القسمة ليترتّبن بترتّب النكاح، فإذا أراد الابتداء بالقسمة لم يكن له بدّ من القرعة لئلّا يلزم ميلة إلى إحداهنّ بلا مرجّح، و قد ورد: من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة و شقّه مائل «۵». و العبارة تحتمله، إلّا أنّ الأوّل ممّا نقل عن المصنّف في الإيضاح «۶» و غيره.

[الفصل الثالث في التفاوت في القسمة]

الفصل الثالث في التفاوت بينهنّ في القسمة و أسبابه ثلاثة:

الأوّل: الحرّيّة و عدمها أو بوجودها و عدمها للحرّة ثلثا ليالي القسم، و للأمة الثلث إن كانت لها قسمة كما هو المشهور، خلافا للمفيد «٧» كما عرفت.

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣٢۶.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣٥.

(٣) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ٣٨ ص ۴٨٢.

(۴) فى ن: أو فى يوم و ليلة.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٨۴ ب ۴ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ١.

(۶) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٢۵١.

(٧) المقنعة: ص ۵١٨.

فللحرّة ليلتان و للأمة ليلة بالاتفاق كما فى الخلاف «١» و غيره، و للأخبار: ففى الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام، فإذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوّج عليها حرّة، قسّم للحرّة مثلى ما يقسّم للمملوكة «٢». و عن محمّد بن قيس عن الباقر عليه السّلام: إذا كانت الأمة عنده قبل نكاح الحرّة قسّم للحرّة الثلثين من ماله و نفسه- يعنى نفقته- و للأمة الثلث من ماله و نفسه «٣». و عن عليّ عليه السّلام: من نكح حرّة على أمة فللحرّة ليلتان و للأمة ليلة «۴».

فالعمدة إنّما هو نصّ الأخبار و الأصحاب، لا مجرّد كون الأمة على النصف من الحرّة، فإنّه لا يستلزم أن يكون للأمة ليلة كاملة و لا للحرّة ليلتان، بل إذا لم يكن له إلّا زوجتان إحداهما حرّة و الأخرى أمة كان للحرّة ليلة و للأمة نصف ليلة، و له الباقى و هو ليلتان و نصف يضعها حيث شاء.

و لعلّ السرّ فى ذلك أنّ القسمة بأصل الشرع لا يتناول إلّا ليلة كاملة و إن كان يطرأ التبعيض لعوارض. و على هذا فله إذا كانت تحته زوجتان حرّة و أمة من كلّ ثمان ليالى خمس و لهما ثلاث و عليه القياس، و لعلّه يتخيّر بين أن يوالى بين ليلتى الحرّة أو يفرّق.

و لو بات عند الحرّة ليلتين فأعتقت الأمة فى أثناء ليلتها أو قبله أى قبل دخول ليلتها أو الأثناء مأوّلة بالوسط أو الليلة بالليل ساوت الحرّة و كان لها ليلتان لأنّها التحقت بالحرّة قبل توفية حقّها، و للشافعيّة وجه بالعدم نظرا إلى الابتداء «۵».

فإن أعتقت بعد تمام ليلتها فقد استوفت حقّها و لم يبت عندها ليلة أخرى لكن يستأنف فى الدور الثانى التسوية.

---

(١) الخلاف: ج ۴ ص ۴١١ المسألة ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٨٧ ب ٨ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ١.

(٣) المصدر السابق.

(۴) المجموع: ج ١۶ ص ۴٢٩ و دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢۴۵ ح ٩٢۴ مع اختلاف.

(۵) انظر المجموع: ج ١۶ ص ۴٢٩.

و هل العتق فى اليوم التالى لليلتها كالعتق فى الليلة؟ أمّا على القول بعدم الدخول فى القسمة أصلا فليس مثله قطعا، و على القول الآخر فيه وجهان: من عدم الاستيفاء، و من كونه تابعا لليل هذا إن بدأ فى القسمة بالحرّة.

و لو بدأ بالأمة فبات عندها ليلة ثمّ أعتقت فى أثنائها قبل تمام نوبتها ساوت الحرّة فكانت لها أيضا ليلة واحدة.

و إن أعتقت بعد تمام نوبتها قبل نوبة الحرّة أو فى أثنائها فى الليلة الأولى منها أو الثانية لم تساوها، و وجب للحرّة ليلتان، ثمّ يسوّى بينهما بعد ذلك فى دور آخر، لأنّها إنّما استحقّت ليلة واحدة على أن يكون نصف ما للحرّة.

و فى المبسوط: انّها تساوى الحرّة، و أنّه إن بات عند الحرّة ليلتين قضى للأمة ليلة أخرى، لأنّه ساوتها قبل توفية حقّها «۱».

و للشافعيّة قول بأنّها إن عتقت قبل الليلة الاولى من ليلتى الحرّة أو فيها لم يكن لها إلّا ليلة، و إن عتقت فى الليلة الثانية خرج من عندها فى الحال «۲». و هو قريب من قول الشيخ، لكن الظاهر أنّه لا يرى الخروج من عندها.

و هل ينزّل المعتق بعضها منزلة الحرّة أو الأمة أو يقسّط عليها ليالى القسمة على قدر نصيبى الحرّيّة و الرقّ إشكال: من أصالة البراءة من التسوية إلّا مع التساوى فى الحرّيّة أو الرقيّة، و أنّ الحرّيّة سبب التسوية، و تحقّقها مع التبعيض غير معلوم، بل الظاهر العدم، لظهور عدم المساواة.

و من أنّ الأصل فى الزوجات التسوية إلّا من علم خروجها، و هو هنا غير معلوم، و لتغليب الحرّيّة. و من الجمع بين قضيّتى النصيبين. و من التردّد فى الدخول فى الحرّة أو الأمة أو فى كلّ باعتبار.

الثانى: الإسلام و الكفر أو وجودا و عدما فالكتابيّة كالأمة لها ليلة و للمسلمة الحرّة ليلتان إن كانتا حرّتين، و كذا إن كانتا أمتين فللمسلمة ليلتان

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۲.

(۲) المجموع: ج ۱۶ ص ۴۲۹.

و للكتابيّة ليلة للإجماع كما فى الخلاف «۱» و خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه- و لا يبعد أن يكون صحيحا- عن الصادق عليه السّلام قال: يتزوّج المسلمة على الأمة و النصرانيّة، و للمسلمة الثلثان و للأمة و النصرانيّة الثلث «۲». و استدلّ عليه فى الخلاف بالإجماع و الأخبار «۳». و قد ورد فى الأخبار: أنّ الكتابيّات مماليك للإمام «۴».

و البحث فى الإسلام و تجدّده كالعتق. و تتساوى الحرّة الكتابيّة و الأمة المسلمة دون الكتابيّة.

فلو كانت تحته حرّة و أمة كتابيّتان انقسمت الليالى عليهما بالثلث و الثلثين.

أمّا لو كانت تحته حرّة مسلمة و أمة كتابيّة فهل للأمة الربع حتّى يكون لها من ستّ عشرة ليالى ليلة و للحرّة أربع؟ فيه تردّد: من الخروج عن النصوص «۵».

و جواز اجتماع سببين و أسباب شرعيّة على مسبّب واحد، و حصول التفضيل بالثلث و الثلثين. و من أنّه قضيّة السببين، لأصالة عدم التداخل.

أمّا لو كانت عنده حرّة مسلمة و حرّة كتابيّة و أمة كتابيّة فلا خفاء فى أنّ للأمة الربع ليحصل التفاضل، و لعلّه للتصريح بأنّ المساوية لها الأمة المسلمة أعاد هذا الكلام، فكأنّه تفصيل لما أجمله أوّلا. أو الجملة معطوفة على قوله: «لها ليلة و للمسلمة الحرّة ليلتان» و المجموع تفصيل لقوله: «فالكتابيّة كالأمة» فكأنّه قال:

إنّها كالأمة.

و ان كانت تحته حرّتان: مسلمة و كتابيّة فكذا، و إن كانت تحته حرّة كتابيّة و أمة مسلمة تساوتا، فإن كان معهما حرّة مسلمة فللحرّة المسلمة ليلتان

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۴۱۱ المسألة ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۱۹ ب ۷ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ۳.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۴۱۱ ذيل المسألة ۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۲۰ ب ۸ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۷ ب ۸ من أبواب القسم.

و لكلّ واحد منهما ليلة، فلو بات عند الحرّة ليلتين و عند الأمة ليلة فأسلمت الذمّيّة قبل ليلتها أو فيها ساوت المسلمة. الثالث: تجدّد النكاح، فمن دخل على بكر خصّها بسبع متوالية، لأنّه المتبادر، و به يحصل الغرض من رفع الوحشة و الحشمة.

و من دخل على ثيّب خصّها بثلاث متوالية وجوبا كما يظهر من الأكثر، أو جوازا كما في النهاية و المهذّب «۱»، و السرّ فيه الاستيناس و شدّة حياء البكر بالنسبة إلى الثيب، و الأصل فيه قوله عليه السّلام: للبكر سبعة أيّام و للثيّب ثلاثة «۲».

و قول الباقر عليه السّلام لمحمّد بن مسلم: إذا كانت بكرا فليبيت عندها سبعا، و إن كانت ثيّبا فثلاث «۳». و صحيح ابن أبي عمير عن غير واحد عن محمّد بن مسلم قال:

قلت: الرجل يكون عنده المرأة يتزوّج أخرى إله أن يفضّلها؟ قال: نعم، إن كانت بكرا فسبعة أيّام، و إن كانت ثيّبا فثلاثة «۴».

و لكن في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السّلام: إذا تزوّج الرجل بكرا و عنده ثيّب فله أن يفضّل البكر بثلاثة أيّام «۵». و نحوه في خبر الحسن بن زياد «۶»، و مضمر سماعة «۷» لكنّه يختصّ بمن له امرأة واحدة فتزوّج اخرى.

و جمع الشيخ في النهاية و كتابي الأخبار بالحمل على الفضل و الجواز، و أنّه يتخيّر بين التخصيص بسبع و بثلاث «۸»، و الأخير أفضل. و وافقه ابن سعيد «۹».

---

(۱) مورد كلامهما هو البكر، إلّا أنّ في هامش المهذّب المطبوع عن نسخة زيادة: «و إن كانت ثيّبا جاز له أن يفضّلها بثلاث ليال ثمّ يرجع إلى التسوية بين أزواجه». راجع النهاية: ج ۲ ص ۳۵۵، و المهذّب: ج ۲ ص ۲۵۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۱ ب ۲ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ۱.

(۳) المصدر السابق: ص ۸۲ ح ۵.

(۴) نفس المصدر: ص ۸۱ ح ۱.

(۵) نفس المصدر: ص ۸۲ ح ۶.

(۶) المصدر السابق ح ۷.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۲ ب ۲ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ۸.

(۸) النهاية: ج ۲ ص ۳۵۵. راجع ص ۵۰۴ الهامش ۱. و الاستبصار: ج ۳ ص ۲۴۱ ذيل الحديث ۸۶۴. و تهذيب الأحكام: ج ۷ ص ۴۲۰ ذيل الحديث ۱۶۸۲.

(۹) الجامع للشرائع: ص ۴۵۷.

و في السرائر: إذا عقد على بكر جاز أن يفضّلها بسبع و يعود إلى التسوية، و لا يقضي بما فضّلها، فإن كانت ثيّبا فضّلها بثلاث ليال «۱». و ظاهره الموافقة أيضا.

و في الخلاف: إنّ للبكر حقّ التخصيص بسبعة، و للثيّب، حقّ التخصيص بثلاثة خاصّة لها، أو بسبعة يقضيها للباقيات، و استدل عليه بالإجماع و الأخبار، و بما روى أنّ النبيّ صلّى اللّه عليه و آله قال لامّ سلمة حين بنى بها: ما بك على أهلك من هوان، إن

شئت سبّعت عندك و سبّعت عندهنّ، و إن شئت ثلّثت عندك و درت «٢».

و قال أبو على: إذا دخل ببكر و عنده ثيّب واحدة فله أن يقيم عند البكر أوّل ما يدخل بها سبعا ثمّ يقسّم، و إن كانت عنده ثلاث ثيّبات أقام عند البكر ثلاثا حقّ الدخول، فإن شاء أن يسلفها من يوم إلى أربعة يتمّه سبعة و يقيم عند كلّ واحدة من نسائه مثل ذلك ثمّ يقسّم لهنّ جاز. و الثيّب إذا تزوّجها فله أن يقيم عندها ثلاثا حقّ الدخول، ثمّ يقسّم لها و لمن عنده واحدة كانت أو ثلاثا قسمة متساوية «٣».

و الذى عليه المصنّف و المحقّق: تخصيص البكر بسبع و الثيّب بثلاث مطلقا، و ظاهرهما الوجوب.

حرّة كانت عند الزفاف أو أمة مسلمة أو كتابيّة إن سوّغناه أى التزوّج بالأمة و عنده اخرى و بالكتابيّة دائما، لإطلاق النصّ و الفتوى.

و قرّب فى التحرير التنصيف للأمة «٤»، لأنّه من القسمة، و ذلك حكم القسمة.

و فى كيفيّة التنصيف وجهان، إكمال المنكسر و عدمه.

ثمّ المشهور أنّه لا يقضى للباقيات هذه المدّة بل يستأنف القسم بعد ذلك للأصل، و عدم لزوم الجور، فإنّ للجديدة مزيّة على غيرها، فإنّ القسم- كما عرفت- لرفع الاستيحاش، و الجديدة أشدّ استيحاشا فاستحقّت الفضل عليهنّ، خلافا لأبى على فى السبع للبكر كما سمعت كلامه، و لأبى حنيفة حيث

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٦٠٨.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ۴١٣ المسألة ۶.

(٣) حكاه عنه فى مسالك الأفهام: ج ٨ ص ٣٢٧.

(۴) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۴١ س ٣۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ۵٠٣

أوجب القضاء مطلقا «١».

و لو طلبت الثيّب بعد المبيت ثلاثا الزيادة إلى سبع أو أقلّ أو أكثر لم يبطل حقّها من الثلث بمجرد الطلب و لا المبيت، لانتفاء الدليل.

و المشهور عند الشافعيّة أنّها إن التمست السبع قضاهنّ جمع، و إن بات عندها سبعا من غير التماس لم يقض إلّا الأربع لأنّه صلّى اللّه عليه و آله خيّر أمّ سلمة «٢» فى الخبر المتقدّم بين اختيار الثلاث خاصّة و السبع بشرط القضاء، فدلّ على أنّها إن اختارت السبع لزم القضاء، و لأنّ السبع حقّ البكر. فإن التمسها فقد رغبت فيما ليس مشروعا لها فيبطل أصل حقّها.

كما أنّ من باع درهما بدرهمين بطل أصل المعاملة. و إن التمست إقامة ستّ فما دونها أو التمست البكر إقامة ما زاد على السبع لم يقض إلّا الزائد، لأنّها لم تطمع فى الحقّ المشروع لغيرها، و قد سمعت كلام الشيخ فى الخلاف، و أنّه إمّا أن يخصّها بثلاث أو بسبع و يقضيها، لحديث أمّ سلمة، و هو عامىّ.

و لو سيق إليه زوجتان أو زوجات ليلة أو يوما ابتدأ فى القسمة بمن شاء كما فى الشرائع «٣»، للتساوى فى استحقاق الليلة و إن ترتّبتا فى الزفاف. و يقوى ما فى المبسوط «۴» و التحرير «۵» من وجوب الابتداء بمن سبق زفافها، لأنّ لها حقّ السبق.

أو أقرع كما فى المبسوط «۶» و المهذّب «٧» و التحرير «٨» لئلّا يلزم الميل المنهىّ عنه، و لعلّه يتخيّر حينئذ بين أن يكمل ما لمن خرجت باسمها القرعة من الثلاث أو السبع ثمّ يبتدئ للأخرى، و إن يفرّقها لهما كأن يبيت الليلة الأولى عندها ثمّ عند الأخرى و

هكذا، ثمّ إن كانت القسمة أو التخصيص واجبا وجبت القرعة، و إلّا استحبّت.

---

(۱) المبسوط للسرخسى: ج ۵ ص ۲۱۸.

(۲) سنن البيهقى: ج ۷ ص ۳۰۰.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۳۶.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۳.

(۵) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۱ س ۳۱.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۳.

(۷) المهذّب: ج ۲ ص ۲۲۷.

(۸) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۱ س ۳۱.

[الفصل الرابع فى الظلم فى القسمة]

الفصل الرابع فى الظلم فى القسمة و القضاء لو جار فى القسمة وجب القضاء لمن أخلّ بليلتها بلا خلاف إن بقيت فى حباله و كان الجور بالبيتوتة فى ليلتها عند الضرّة أو الضرّات، فإن كانت له أربع و بات فى الرابعة منفردا لم يمكنه القضاء، لاستيعاب الحقوق الليالى، إلّا أن يفارق أحد الضرّات بموت أو طلاق أو نحوه. ثمّ إن جار، بأن بات فى لياليها عند الضرّات سواء، كان عليه قضاء حقّها ولاء.

فلو كان له ثلاث، فبات عند اثنتين عشرين سواء بات عند كلّ عشرا ولاء أو بات عند هذه ليلة و عند تلك ليلة و هكذا إلى أن أتمّ لهما عشرين أو غير ذلك بات عند الثالثة عشرا سبع و نصف منها قضاء و الباقى أداء، لأنّ له ثلاث زوجات، فله من العشرين خمس تبرّع بها عليهما و لا قضاء للتبرّع، فإذا بات عند الثلاثة ثلاثا قضاء بات الرابعة أداء، و إذا بات التاسعة و نصفا قضاء بات النصف الآخر أداء. أو الكلّ أداء إذا جعل القسمة عشرا عشرا فلا يكون من مسألة الجور، إلّا إذا لم يبت عند الثالثة أو بالنسبة إلى الرابعة. و لا بدّ من أن يبيت العشرة ولاء لأنّها استحقّت العشر من الآن و اجتمعت فى ذمّته، و قد استوفت الضرّتان حقّيهما، و هو متمكّن من إيفائها حقّها، فيجب عليه المبادرة.

فإن تزوّج الرابعة فإن بات عند الثالثة عشرا متوالية ظلم الجديدة، بل عليه أن يقضى حقّ الجديدة بثلاث أو سبع، ثمّ يبيت عند الثالثة ثلاث ليال و عند الجديدة ليلة و هكذا ثمّ يبيت العاشرة لليالى المظلومة، و هى الثالثة عشرة لليالى القسم بينها و بين الجديدة عند المظلومة و ثلث ليلة عند الجديدة لأنّ حقّها واحدة من أربع ثمّ يخرج إلى صديق أو مسجد أو نحوه. و له أن يبدأ الجديدة بالقرعة أولا بها، فيبيت عندها ليلة و عند المظلومة ثلاثا، ثمّ يبيت ثلاث ليال عند الجديدة و ليلة عند المظلومة ثمّ يستأنف القسمة.

و كذا إن لم يبت عند الضرّتين أو الضرّات سواء، بأن كان له ثلاث، فظلم

واحدة و بات فى كلّ دور عند إحدى الباقيتين ليلة، و عند الأخرى ثلاثا، فإنّه إن والى فى القضاء لزم ظلم من كان يبيت عندها

ليلة فى كلّ دورة، ففى القضاء يعطيها حقّها من الدورة و يقضى الباقى للمظلومة.
و كذا فى لزوم الخروج فى الليل إلى غير منازل الزوجات لو بات عند واحدة نصف ليلة فأخرجه ظالم فإنّه يجب عليه قضاء النصف الآخر لها من الليلة الآتية، و أن يخرج باقى الليل إلى صديق أو مسجد أو نحوه، و يتخيّر بين النصفين أيّهما شاء، بات عندها إن بات عند الأخرى ليلة كاملة، أو أراد أن يبيت، و إلّا اقتصر على النصف و بات عند الأخرى أيضا نصف ليلة ليتساويا ثمّ خرج إلى صديق أو مسجد و نحوه.
و لو كان له أربع فنشزت واحدة ثمّ قسّم لكلّ خمس عشرة، فبات عند اثنتين ثمّ أطاعت الناشز وجب توفية الثالثة خمس عشرة و الناشز خمسا إذ لا حق لها فى الثلاثين ليلة التى باتها عند الأوّلتين، لأنّها كانت ناشزا، و لها مع الثلاثة اشتراك فى استحقاق الدور، فكان له زوجتين للناشز من كلّ دور ليلة، و للثالثة ثلاث إلى أن يكمل الخمس عشرة ليلة.
فيبيت عند الثالثة فى كلّ دور ثلاثا و عند الناشز ليلة خمسة أدوار ثمّ يستأنف القسم للأربع.
هذا إذا قلنا بأنّه إذا كان له أقل من أربع فقسّم بما يستوعب الدور أو يزيد عليه سقط حقّه من الأربع، و إلّا كان متبرّعا على كلّ من الأولتين بثلاث و ثلاثة أرباع، فلا يكون عليه للثالثة تمام الخمس عشرة بل إحدى عشرة و ربع. و ظاهر الأصحاب هو الأوّل بناء على وجوب العدل بينهنّ، خرج ما إذا قسّم ليلة ليلة بالنصّ و الإجماع، على أنّه حينئذ كان له أن يضع ماله من الأربع عند من شاء من أزواجه، فيبقى غير هذه الصورة على أصل وجوب العدل.
و فيه: أنّ العدل إنّما يجب فيما لهنّ من الحقّ لا فيما يتفضّل به عليهنّ، أو على أنّه إذا قسّم لهنّ أزيد من ليلة كان حقّه بعد تمام قسمة كلّ منهنّ مساويا لما قسّمه
كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٧، ص: ٥٠٦
لها فى المضاعفة، فإذا قسّم لاثنتين لكلّ منهما ليلتين كان له أربع بعد ليلتى الاولى و بعد ليلتى الثانية، و تنزّلت الليلتان منزلة ليلة، فلا يكون له فيهما حقّ، فله أن يأخذ بحقّه بعد الأولى، بأن يبيت بعد ليلتها عند غيرهما و أن يأخذه بعد الثانية فهنا أيضا لما و فى لكلّ من الاثنتين خمس عشرة كان الجميع حقّهما، فله أن يبيت خمس عشرة ليلة عند غير زوجاته الثلاث، ثمّ يبيت عند الثالثة خمس عشرة ليلة، و أن يؤخّر حقّه عن توفية الثالثة حقّها، و على كلّ فلها الخمس عشرة كاملة. و إذا رجعت الرابعة إلى الطاعة بطل ما كان له من الحقّ، كما لو كانت له ثلاث فتزوّج رابعة فى الليلة الرابعة أو يومها.
و كذا لو نشزت واحدة و ظلم واحدة و أقام عند الأخريين ثلاثين يوما بلياليهنّ أو ليلا مجازا ثمّ أراد القضاء للثالثة فأطاعت الناشز فإنّه يقسّم للمظلومة ثلاثا و للناشز يوما خمسة أدوار، فيحصل للمظلومة خمسة عشر ليلا عشرة قضاء لأنّه كان لها عن كلّ ثلاث ليال ليلة لنشوز الرابعة و قد بات فيها عند إحدى الأخريين و خمسة أداء فكلّما بات عندها ليلتين قضاء كانت الثالثة أداء لها، بخلاف الصورة الأولى فإنّ تمام الخمس عشرة فيها أداء، لانتفاء الظلم و يحصل خمسة للمطيعة كما فى الاولى.
و لو طلّق الرابعة مثلا بعد حضور ليلتها أثم كما فى المبسوط «١» لأنّه أسقط حقّها بعد وجوبه و يمكن القول بعدم استقرار الوجوب، إلّا مع استقرار الزوجيّة.
فإن راجعها أو بانت فتزوّجها قضاها لها كما فى المبسوط «٢» لأنّها كانت واجبة لها و لم يطرأ مسقط، و إنّما كان الطلاق مانعا من الوفاء، إلّا أن يستحلّ منها بوجه، أو يكون فى الليلة التى ظلمها بها لم يبت عند واحدة من الباقيات، أو فارق التى باتها عندها أيضا و تزوّج بالمظلومة مع جديدة فإنّه لا يمكنه القضاء حينئذ ما دام تحته أربع زوجات، لاستيعاب حقوقهنّ الليالى،

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣٣٢.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣٣٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۵٠٧

و كذا إن فارق التى باتها عندها و لم يجدّد نكاحها و لا نكاح غيرها مع المظلومة، بناء على أنّه لا عبرة بالقضاء حينئذ إلّا من نوبة المظلوم بها كما سيظهر. و يحتمل صحّة القضاء من حقّه من الدور.

و تردّد فى القضاء فى الإرشاد «١» و ظاهر التلخيص «٢» كالمحقّق «٣» من الشك فى سقوط الحقّ بانقطاع القسمة و تباين الحقوق بتباين النكاحين، فلا يفيد قضاء مثل ما فات فى أحدهما فى الآخر، بل يجب العدل فى كلّ منهما، فلو قضى لها فى الثانى لزم الجور على الآخر، و بهذا يقوّى الفرق بين الرجعة و تجديد النكاح، و على وجوب القضاء يتّجه وجوب الرجعة أو التوصّل إلى التجديد إن لم يمكنه التخلّص من حقّها بدون ذلك.

و لو ظلمها أى الرابعة بعشر ليال- مثلا- فأبانها، فات التدارك و بقيت عليه المظلمة لعدم إمكان القضاء و لو بالرجوع. فإن جدّد نكاحها قضاها لما عرفت إلّا إذا فارق الباقيات و نكح جديدات أو لم يكن فى نكاحه الآن المظلوم بها أى بسببها على الرابعة، أى التى بات عندها فى ليلة الرابعة، بل فارقها و نكح جديدة مع بقاء الباقيتين أيضا.

فيتعذّر القضاء فى الصورتين و يبقى المظلمة عليه إلى أن يتخلّص منها بوجه أو يفارق إحدى الباقيات أو يستوهبها، فإنّه إنّما يجوز لها القضاء من نوبتها، و لذلك إن أبانها مع المظلوم بها لم يقضها حقّها، إلّا إذا جدّد نكاحها، فلا يحسب من القضاء ما بيّته عندها قبل تجديد نكاح المظلوم بها.

و الأولى تعليق هذا الاستثناء بجملتى القضاء فى المسألتين، لئلّا تبقى الأولى مطلّقة، و إن بقى فى الأولى استثناء صورة أخرى هى أن لا يكون قد بات فى ليلتها عند إحدى الباقيات كما ذكرنا.

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٣٣.

(٢) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ٣٨ ص ۴٨٣.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۵٠٨

و لو قسّم لثلاث فحبس ليلة الرابعة، فإن أمكنه استدعاؤها إليه و من الإمكان كون المحبس مسكن مثلها أو دونه و رضيت به كما فى التحرير «١» وفاها ليلتها وجوبا و إلّا قضاها حيث يمكن.

و لو حبس قبل القسمة فاستدعى واحدة لزمه استدعاء الباقيات إن أمكن فإن امتنعت واحدة من الإجابة سقط حقّها للنشوز، إلّا إذا لم يمكنها الإجابة و لو بترفّعها لشرفها عن الخروج إليه فى المحبس كما نبّه عليه فى التحرير «٢».

و لو وهبت ليلتها من ضرّتها فللزوج الامتناع لما عرفت من اشتراك حقّ القسم بين الزوجين فإن قبل فليس للموهوبة الامتناع إذ ليس لها الامتناع إذا استدعاها الزوج، و لأنّه زيادة فى حقّها، و للشافعيّة وجه غريب باشتراط رضاها «٣». و لا لغيرها من الضرّات، إذ لا حقّ لهنّ فى ذلك.

و ليس له المبيت فى تلك الليلة عند غير الموهوبة أو الواهبة إن رجعت فى الهبة أو امتنع من القبول أو رجع عنه، لأنّه رجوع عن القبول قبل القبض، و قد جوّز فى العين فهنا أولى، و عدم الجواز لأنّها حقّ الواهبة، فعليه أن يضعها حيث شاءت لا حيث شاء.

ثم إن كانت ليلتها متّصلة بليلة الواهبة، بات عندها ليلتين متّصلتين وجوبا، إلّا إذا رضيت هى و الباقيتان بالتفريق. و إلّا ففى جواز الاتصال نظر أقربه العدم، لما فيه من تأخير الحقّ لغيرها، و لا يجوز إلّا بالإذن من المستحقّ، و لأنّ الواهبة قد يرجع بينهما ففيه

تفويت حقّها من الرجوع. و وجه الجواز أنّه أسهل عليه مع «۴» انضباط المقدار، و منع لزوم الترتيب.

و إن وهبت ليلتها من الزوج كان له وضعها أين شاء عند أيّة

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۱ س ۲۶.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۱ س ۲۸.

(۳) انظر الفقه على المذاهب الأربعة: ج ۴ ص ۲۴۶.

(۴) فى ن بدل «مع»: من.

منهنّ حتّى الواهبة أو ينعزل عنهنّ فإنّ الليلة كالليلة التى له بالأصالة، و للعامّة فى ذلك وجهان «۱». و الكلام فيما إذا اتصلت الليلة بليلة من يريد تخصيصها بها أو ليلة نفسه أو انفصلت كالكلام فى السابقة.

و لو وهبتها للكلّ أو أسقطت حقّها من القسم من غير أن تهبه لأحد سقطت ليلتها و قصر الدور فى النساء الأوّل أى جعل الدور فيهنّ قاصرا أو قصر الدور عليهنّ، بمعنى أنّه يدور عليهنّ فى كلّ ثلاث ليال، فيكون ليالى الدور ثلاثا، و لا يكون له شىء من الليالى.

و يتنزّل الثلاث منزلة الأربع لمن له أربع. أمّا فى الأوّل فظاهر، و أمّا فى الثانى فلأنّه بتزوّجه أربعا سقط حقّه من الليالى، و لا دليل على عوده بإسقاط إحداهنّ حقّها فإنّه أعمّ، و لا دلالة للعامّ على الخاص و للاحتياط، و لتنزّل الليالى منزلة مال فيه حقّ لجماعة، فإذا أسقط أحدهم حقّه اختص بالباقى.

و لها أن ترجع فيما تركته له أو لضرّاتها كلّا أو بعضا أو مطلقا، بأن أسقطت حقّها بالنظر إلى المستقبل و إن تلفّظت بالهبة أو الإسقاط فإنّ الحقّ يتجدّد كلّ زمان، فلا يسقط بالإسقاط، و لا يلزم الهبة بالنسبة إليه لعدم القبض لا بالنسبة إلى الماضى لتحقّق القبض و السقوط فيه حتّى لو رجعت فى بعض الليل الواحد كان عليه الانتقال إليها، و إنّما يثبت عليه حقّها من حين علمه بالرجوع لا من وقته أى الرجوع.

فلو رجعت فى الهبة و لم يعلم به، فبات عند غيرها، لم يكن عليه القضاء لانتفاء الجور و التفريط، و إنّما تمسّك باستصحاب الإسقاط، فلا يستعقب القضاء، و وجوب القضاء وجه للعامّة «۲».

و لو عاوضها عن ليلتها بشىء لم تصحّ المعاوضة وفاقا للمبسوط «۳» لأنّ المعوّض كون الرجل عندها و هو لا يقابله عوض فإنّ العوض إنّما

---

(۱) المجموع: ج ۱۶ ص ۴۴۴.

(۲) مغنى المحتاج: ج ۳ ص ۲۵۹.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۵.

يقابل عينا أو منفعة، و ليس هذا إلّا مأوى و سكنى. و فيه تردّد لمنع الحصر، و لأنّ علىّ بن جعفر سأل أخاه عليه السّلام عن رجل له امرأتان فقالت إحداهما: ليلتى و يومى لك يوما أو شهرا أو ما كان، أ يجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس «۱». و لذا اقتصر فى التحرير على النسبة إلى الشيخ «۲»، كما نسب فى الشرائع إلى القيل «۳».

و على الأوّل فتردّ ما أخذته مع بقاء العين و بدله إن تلف مع الجهل بالحال، و أمّا مع العلم فقد سلّطها على الإتلاف من غير عوض، فلا يأخذ عوضه.

و يقضى الزوج ليلتها لأنّه لم يسقطها عنه إلّا بالعوض، و لم يسلّم لها العوض و للعامّة وجه بعدم القضاء «۴».

و لا قسمة للصغيرة لأنّ من لا يستحقّ النفقة لا يستحق القسم. قال فى المبسوط: النفقة و القسم شيء واحد، فكلّ امرأة لها النفقة فلها القسم، و كلّ من لا نفقة لها فلا قسم لها «۵».

و لعلّ السرّ فى انتفاء القسم لها أنّ الحكمة فيه الانس و زوال الحياء و الاستيحاش ليكمل الاستمتاع بها، و الصغيرة لا تقبل الاستمتاع، و للعامّة قول باستحقاق المراهقة «۶».

و لا للمجنونة المطبقة مخوفة أم لا كما يقتضيه الإطلاق لانتفاء الإنس فى حقّها. و فى المبسوط: أنّ الجنون ضربان: جنون يكون فيه تخريق ثياب و وثوب و ضرب و قتل فلا قسم لها، و هو ظاهر للضرر. و آخر أنّها تصرع صرعا أو يعتريها الغشيان فلها القسم «۷». و لم يتعرّض للدائم الغير المخوف.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۵ ب ۶ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۰ س ۲۲.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۳۷.

(۴) لم نقف عليه.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۸.

(۶) الفقه على المذاهب الأربعة: ج ۴ ص ۲۳۹.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۳۲۸.

و لا الناشزة إذ لا نفقة لها، و قد مرّ مع ما فيه بمعنى أنّه كما لا يؤدّى لهنّ لا يقضى لهنّ ما فات لا أنّه يسقط الأداء للعذر و عليه القضاء، و لا أنّه لا يجوز له المبيت عندهن. نعم ربّما وجب اعتزال الناشزة من باب النهى عن المنكر و المجنونة للخوف.

[الفصل الخامس فى السفر بهنّ]

الفصل الخامس فى السفر بهنّ و إذا أراد السفر وحده لم يكن لهنّ منعه و ليس عليه قضاء ما فاتهنّ فى السفر، قلنا بوجوب القسمة ابتداء أو لا، للإجماع الفعلى من المسلمين على المسافرة كذلك من غير نكير و لا نقل قضاء، مع أصالة عدم وجوبه.

و لا شبهة فى أنّه لو أراد إخراجهن معه فله ذلك و عليهنّ الإجابة إلّا لعذر.

و إن أراد إخراج بعضهنّ معه جاز اتفاقا، و استحبّت القرعة للتأسّي، و لأنّه أطيب لقلوبهنّ، و أقرب إلى العدل. و لا تجب للأصل، و جعل فى المبسوط أحوط «۱».

و كيفيّتها: أن يخرج الأسماء على السفر، بأن يكتب اسم كلّ منهنّ فى رقعة يجعلها فى بندقة طين أو غيره، فيقال لمن لم يعلم بالحال: أخرج على السفر رقعة، فكلّ من خرجت رقعتها سافر بها، فإن أراد إخراج أخرى أمر بإخراج رقعة أخرى، و كذا إن أراد السفر بثالثة، و له إن أراد السفر باثنتين أن يجعل اسم كلّ اثنتين فى بندقة، و الأوّل أعدل.

أو يخرج السفر على الأسماء، فإن أراد السفر بواحدة كتب فى رقعة: سفر و فى ثلاث: حضر، فإن خرج على اسم فلانة رقعة السفر سافر بها، و إن خرجت رقعة الحضر أخرج باسم اخرى، و إن أراد أن يسافر باثنتين كتب فى رقعتين: سفر و فى أخريين: حضر، أو اقتصر على رقعتين فى إحداهما: سفر و فى الأخرى:

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣٣٣.

حضر، و إن أراد السفر بثلاث كتب فى ثلاثة: سفر و فى واحدة: حضر.

فإن أقرع و خرجت القرعة لواحدة فهل له استصحاب غيرها قيل فى المبسوط «١» و الوسيلة «٢»: لا و إلّا انتفت فائدتها.

و الأقوى أن له ذلك، لثبوت الاختيار له قبلها فيستصحب، إذ لا دليل على كونها من الأسباب الملزمة، و فائدتها استحباب اختيارها للسفر.

و لعلّه لا خلاف فى أنّ له أن يسافر وحده حينئذ للاستصحاب و القرعة إن سلم إلزامها، فإنّما يلزم عدم اختيار الغير للصحبة، لأنّها لدفع الترجيح من غير مرجّح و إن قلنا بوجوبها.

و إذا اعتمد القرعة و عمل بمقتضاها لم يقض للبواقى للأصل، و انتفاء الظلم شرعا، و يؤيّده ما هو المعروف: من أنّ النبى صلّى اللّه عليه و آله كان يقرع بين نسائه للسفر «٣»، و لم ينقل أنّه كان إذا رجع قضى للمتخلّفات، و أنّ المصحوبة و إن فازت بالصحبة لكنّها قاست مشاقّ السفر، فلا عدل إن قضى للمتخلّفات.

و لو استصحب إحداهنّ من غير قرعة ففى القضاء إشكال من أنّه لا حقّ لهنّ فى أوقات السفر، و إلّا لم يجز له بانفراده و له استصحاب من شاء منهنّ، خصوصا إذا استحبّت القرعة مع أصالة عدم وجوب القضاء، و أنّها و إن فازت بالصحبة فقد قاست شدّة السفر. و من الميل و التفضيل من غير مرجّح شرعى، و الخروج عن التأسّى، و جعل فى المبسوط أحوط «۴». و مع القضاء إنّما يراعى عدد الليالى، و لا ينقص منها لمشقّة السفر، لعدم الانضباط، و عدم تعلّق القسم إلّا بالأوقات، و جواز التفضيل من جهات اخرى.

و لو سافر للنقلة إلى بلد ليستوطنه و أراد نقلهنّ فاستصحب واحدة قضى للبواقى و إن كان الاستصحاب بالقرعة، لأنّ سفر النقلة و التحويل

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣٣۴.

(٢) لم يصرّح بالمنع بل حكم بالقضاء، راجع الوسيلة: ص ٣١٢.

(٣) سنن البيهقى: ج ٧ ص ٣٠٢.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ٣٣۵.

لا يختص بإحداهنّ فإنّه فى حكم الإقامة، و عليه نقل الكلّ.

فإذا خصّ واحدة بالاستصحاب قضى للبواقى لتعلّق حقوقهنّ به على السواء بخلاف سفر الغيبة و هو السفر للتجارة و نحوها بعزم الرجوع، فإنّه لا حقّ لهنّ فيه.

و نسب فى الشرائع الفرق بين السفرين إلى القيل «١». و فى المبسوط: أنّ فى سفر النقلة وجهين- و لم يرجّح شيئا منهما-

أحدهما: قضاء مدّة السفر لذلك، و الآخر قضاء مدّة الإقامة معها فى بلد النقلة خاصّة دون مدّة السفر، لأنّها حصلت معه فى السفر بحقّ كما فى سفر الغيبة «٢».

و لو سافر للغيبة بإحداهنّ بالقرعة ثم نوى المقام فى بعض المواضع عشرة أيّام فصاعدا قضى للباقيات ما أقامه لأنّه مقيم، بخلاف ما إذا أقام مقام مسافر و هو ما لا يتمّ معه الصلاة. و على الجملة لا يقضى ما سمّى فيه فى الشرع مسافرا و يقضى ما سمّى فيه مقيما.

و أطلق فى التحرير القضاء إن أقام أكثر من عشرة أيّام «٣» من غير تعرّض للنيّة، و لعلّه المراد.

دون أيّام الرجوع على إشكال من انقطاع السفر بالإقامة فهو سفر جديد لم يقرع فيه، و قد عرفت أنّه إذا استصحب إحداهنّ بلا قرعة كان فى القضاء وجهان.

و من أنّ سفر الغيبة يتضمّن الرجوع فهو مع الذهاب سفر واحد و إن تخلّلت الإقامة فى البين، مع أصالة عدم القضاء، و قوّة القول بعدمه إذا استصحب لا بالقرعة خصوصا و لا مجال لها.

و لو عزم على الإقامة أيّاما فى أثناء سفر الغيبة فى موضع ثمّ أنشأ منه سفرا آخر لم يكن عزم عليه أوّلا لزمه قضاء أيّام

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣٦.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣٣۵.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۴٢ س ٧.

الإقامة لما عرفت دون أيّام السفر لأنّه سفر غيبة لا فرق بينه و بين الأوّل، إلّا أن يقال بالقضاء إذا استصحب بلا قرعة و إن لم يكن لها مجال.

و لو كان قد عزم عليه أوّلا لم يقض أيّام السفر أيضا لذلك، و هو هنا أولى، لأنّ القرعة تشمله. و قوله على إشكال لا بدّ من تعليقه بالصورتين بناء على الإشكال فى أنّ الاستصحاب بلا قرعة [حيث لا مجال لها] «١» هل يوجب القضاء؟ و لو سافر باثنتين عدل بينهما فى السفر أقرع لهما أو لإحداهما خاصّة، أو لم يقرع، لأنّ سقوط القسم للغيبة، و هو غير غائب عنهما.

فإن ظلم إحداهما قضى لها إمّا فى السفر أو الحضر من نوبة المظلوم بها و له أن يخلّف إحداهما فى أثناء السفر فى بعض الأماكن لعدم الفرق بينه و بين منزله قبل إنشاء السفر بالقرعة و غيرها إلّا على القول بوجوب القرعة، فلا يجوز إلّا بها.

فإن تزوّج فى السفر بأخرى خصّها بثلاث أو سبع فى السفر ثمّ عدل بينهنّ أى بينها و بين من استصحبها من القديمات، و كذا إن تزوّج بالجديدة قبل إنشاء السفر فسافر بها و بغيرها قبل إيفائها الثلاث أو السبع.

و بالجملة فالسفر لا يسقط حقّ تجديد النكاح، و لا يثبت لها حقّه بالنسبة إلى المخلّفات مرّة أخرى إذا حضر، فإنّها إنّما خصّت بذلك لرفع الحياء و الاستيحاش و قد حصل فى السفر، و الكلّ ظاهر.

و لو خرج وحده ثمّ استجدّ زوجة لم يلزمه القضاء للمتخلّفات من نوبة الجديدة، و إن قلنا بالقضاء إن استصحب إحدى القديمات بلا قرعة، نعم إن أقام فى السفر أو منتهاه لزمه القضاء.

و لو كان تحته زوجتان فتزوّج أخريين و سافر بإحداهما بالقرعة

---

(١) لم ترد فى ن.

قبل توفيتهما مالهما من حقّ التخصيص لم يندرج حقّها من التخصيص في السفر، بل له مع العود توفيتها حصّة التخصيص، لأنّ السفر لا يدخل في القسم و التخصيص إنّما هو من ليالي القسم، خلافا للشيخ فأدرج حقّها في السفر «١»، لحصول المقصود به فيه و هو الانس و زوال الحشمة.

ثمّ إنّه لا بدّ من أن يقضى حقّ المقيمة إذا حضر، من الثلاث أو السبع على القولين، إمّا بعد قضاء حقّ المصحوبة أو قبله إن ترتّبنا في النكاح أو بالقرعة، و ذلك لاستصحاب مالها من الحقّ من غير ما يدلّ على إسقاط صحبة الأخرى في السفر له. كما أنّه إذا قسّم للأربع لكلّ منهنّ ليلة فبات عند ثلاث ثمّ سافر و استصحب معه غير الرابعة فإنّه يبقى عليه حقّ الرابعة، فإذا أعاد وفاها حقّها. و للعامّة وجه بالعدم حكى في المبسوط «٢» للزوم تفضيلها على المصحوبة، لأنّه لم يقضها مالها من الحقّ، و إنّما دخل حقّها في السفر، فلو قضى المقيمة حقّها لزم التفضيل.

و لو كان له زوجتان في بلدين، فأقام عند واحدة عشرا مثلا أقام عند الأخرى كذلك، إمّا بأن يمضي إليها أو يحضرها عنده إن لم يكن مسافرا و كانت إقامته على جهة القسمة، و ما يمضي عليه في السفر بين البلدين لا يحسب من لياليه و لا من ليالي إحداهما.

و إن لم يكن على جهة القسمة لم يلزمه للثانية إلّا خمس، لأنّ له نصف الدور، فنصف العشر حقّها و نصفها تبرّع. و في المبسوط «٣» كما في الكتاب من الإطلاق، و لما فيه من الحاجة الى التفصيل المذكور نسب في الشرائع إلى القيل «٤».

و يستحب التسوية بينهنّ في الإنفاق و إطلاق الوجه و الجماع، لأنّها من العدل المرغوب شرعا، و فيها جبر قلوبهنّ و حفظهنّ عن التحاسد و التباغض،

---

(١) المبسوط: ج ٤ ص ٣٣٤- ٣٣٥.

(٢) لم ينسبه إلى العامّة صريحا، راجع المبسوط: ج ٤ ص ٣٣٥.

(٣) المبسوط: ج ٤ ص ٣٣٢.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٣٨.

و لعموم خبر معمّر بن خلّاد سأل الرضا عليه السّلام عن تفضيل نسائه بعضهنّ على بعض؟

فقال: لا «١». و عن أمير المؤمنين عليه السّلام: من كان عنده امرأتان، فإذا كان يوم واحدة فلا يتوضأ عند الأخرى «٢». و سأل عبد الملك بن عتبة الهاشمي الكاظم عليه السّلام عن الرجل تكون له امرأتان يريد أن يؤثر إحداهما بالكسوة و العطيّة أ يصلح ذلك؟

قال: لا بأس و اجهد في العدل بينهما «٣».

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ ه‍ ق

و لا يجب للأصل، و لهذا الخبر، و لقوله تعالى «وَ لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسٰاءِ وَ لَوْ حَرَصْتُمْ فَلٰا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ» «۴».
و يستحب أن يكون صبيحة كلّ ليلة عند صاحبتها لما عرفت من الخبر، و القول بالوجوب، و يرشد إليه ما سمعته الآن من النهى عن الوضوء عند الأخرى.
و أن يأذن لها فى حضور موت أبويها و غيرهما من أقاربها لما فيه من الإرفاق و التأليف و جبر القلوب، و الإعانة على صلة الرحم.
و له منعها عن عيادتهما و حضور موتهما. و بالجملة عن الخروج عن منزله إلّا لحقّ واجب عليها لاستحقاقه الاستمتاع بها كلّ حين و الخروج ينافيه.
و ليس له إسكان امرأتين فى منزل واحد إلّا برضاهنّ على التفصيل المتقدّم، و إنّما كرّر ذكره هنا لأنّ جواز منعه لها عن الخروج لغير حقّ واجب، و عن نحو حضور موت الأبوين و عيادتهما ربّما يوهم جواز الإسكان فى منزل لسهولة الاستمتاع بذلك.
فإن ظهر منه الإضرار لها بأن لا يوفّيها حقّها من نفقة و قسمة

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۳ ب ۳ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ۲.
(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۵ ب ۵ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ۳.
(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۳ ب ۳ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ۱.
(۴) النساء: ۱۲۹.

و غيرهما أمره الحاكم إن استعدت إليه أن يسكنها إلى جنب ثقة ليشرف عليها و على حالها من الزوج فيطالبه الحاكم بما يمنعه من حقوقها لوجوب رفع الظلم عليه، و قد يتوقّف الرفع أو يسره عليه.
فإن أراد السفر بها لم يمنعه الحاكم و إن ظنّ إضراره بها، لأنّه حقّ له، و الأصل عدم الإضرار.
و لكن يستحبّ أن يكاتب حاكم ذلك البلد بالمراعاة لحالهما لئلّا يظلمها إن طلبت ذلك أو ما يتضمنه من رفع ظلمه، و ربّما وجب.
و ليس للمولى منع أمته المزوّجة من طلب حقّها من القسمة، و لا منعها من إسقاطه أو هبته لبعض ضرائرها لأنّ الحظّ فيه لها لا مدخل فيه للمولى كما ليس له فسخ النكاح لو رضيت بعنّته أو جنونه أو رضى العبد بما فى زوجته من العيوب.

[الفصل السادس فى الشقاق]

الفصل السادس فى الشقاق و هو مصدر شاقّ على فعال من الشقّ بالكسر، و هو الجانب كأنّ كلّا منهما فى شقّ مغاير لما فيه الآخر و هو هنا قد يكون بنشوز المرأة عن طاعته فإذا ظهرت أمارته للزوج بأن تقطّب فى وجهه أو تتبرّم بحوائجه أى تسأمها أو تتثاقل فى الإجابة و تدافع إذا دعاها لتمتّع أو غيرها.
أو تغيّر عادتها فى أدبها معه، كأن كانت تستقبله إذا دخل و تلبّيه إذا دعاها و تخضع له فى القول إذا كلّمها فتركت وعظها متدرّجا فى مراتبه فإن رجعت، و إلّا هجرها فى المضجع، بأن يحوّل ظهره إليها فى الفراش كما ذكره الصدوقان «۱»، و نسب فى المبسوط إلى رواية أصحابنا «۲».

(۱) المقنع: ص ۱۱۸، و حكاه عن والده فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۰۴.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۸.

و قيل فى المبسوط «۱» و السرائر «۲»: أن يعتزل فراشها و ذكرهما المفيد «۳» و جماعة بلفظه «أو» المؤذنة بالتخيير. و قيل: أن يعتزل وطأها. و فى تفسير علىّ بن إبراهيم: يسبّها «۴»، و قيل: لا يكلّمها و هو مضاجع لها «۵». و لعلّ الكلّ على التمثيل، و العبرة بكلّ ما يتسبّب لرجوعها، و يعدّ فى العرف هجرا.

و لا يجوز له ضربها حينئذ ظهر أمارة النشوز، و لما ينشز إجماعا كما فى المبسوط «۶» و الخلاف «۷»، لأنّه لا يجوز العقوبة إلّا على فعل محرّم، فتقدير الآية «وَ اللَّاتِي تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ» «۸»، فإن نشزن فاضربوهنّ، إمّا بأن يراد بالخوف ما يعمّ العلم المستلزم للوقوع، أو بعطف قوله «وَ اضْرِبُوهُنَّ» على جملة المبتدأ و الخبر، فكأنّه قيل: و اللاتى تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ و اهجروهنّ و اضربوهنّ إن نشزن.

فإن تحقّق النشوز و امتنعت من حقّه جاز له ضربها بأوّل مرّة وفاقا للشيخ «۹» و المحقّق «۱۰» لإطلاق الآية، و اشترط فيه فى الإرشاد الإصرار «۱۱» وفاقا للمفيد «۱۲» و بنى: زهرة «۱۳» و حمزة «۱۴» و إدريس «۱۵» و سعيد «۱۶»، و هو أولى و أحوط اقتصارا فى دفع المنكر على أقلّ ما يندفع به و أخذا بالمتيقّن.

و تردّد فى التحرير «۱۷» و الأكثر على أنّه لا يجوز شىء من الثلاثة إلّا بعد النشوز، و هو خيرة الإرشاد «۱۸» على حمل الخوف على العلم، كما يقال فى قوله

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۸.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۷۲۹.

(۳) المقنعة: ص ۵۱۸.

(۴) تفسير على بن إبراهيم: ج ۱ ص ۱۳۷.

(۵) مسالك الأفهام: ج ۱ ص ۵۷۰ س ۳۴.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۷.

(۷) الخلاف: ج ۴ ص ۴۱۵ المسألة ۸.

(۸) النساء: ۳۴.

(۹) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۷.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۳۸.

(۱۱) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۳۳.

(۱۲) المقنعة: ص ۵۱۸.

(۱۳) الغنية: ص ۳۵۲.

(۱۴) الوسيلة: ص ۳۳۳.

(۱۵) السرائر: ج ۲ ص ۷۲۹.

(۱۶) الجامع للشرائع: ص ۴۷۸.

(۱۷) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۲ س ۱۴.

(۱۸) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۳۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۱۹

تعالى «فَمَنْ خٰافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً» «۱» و ظاهر النافع جواز الثلاثة عند الخوف «۲». و في المبسوط «۳» و المهذّب «۴» و التلخيص «۵»: أنّ الهجر و الضرب عند النشوز.

و يقتصر في الضرب بل و في الأوّلين على ما يرجو الرجوع به لأنّه إنّما شرع للرجوع و الامتناع عن المنكر، فلا بدّ من الاقتصار على ما يتأدّى به.

و لا يبرح بها أي لا يشتدّ بها و لا يدمي و قد روى أنه يضرب بالسواك «۶»، و نحوه قال ابن إدريس و ذلك على جهة الاستحباب، و إلّا فله أن يضربها بالسوط ضرب أدب، لأنّ ظاهر الآية يقتضي ذلك «۷» انتهى.

و بالجملة يضربها ضرب تأديب كما يضرب الصبيان على الذنب غير مبرح و لا مدم و لا مزمن، و يفرق على بدنها، و يتّقي الوجه و شبهه من المواضع المخوفة. و في المبسوط قال قوم: يكون الضرب بمنديل ملفوف، أو درّة، و لا يكون بسياط و لا خشب «۸».

و لو تلف بالضرب شي‌ء من أعضائها ضمن لأنّه الأصل في الإتلاف، و لخروج الضرب حينئذ عن المشروع، فإنّه إنّما شرع للإصلاح و هو إفساد، مع أنّ الأولى بالزوج العفو عنها و ترك ضربها، لأنّه لمصلحة نفسه، بخلاف تأديب الطفل لأنّه لمصلحته، و فعله أولى. و ربّما يجب، فهو محسن [محض] و «مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ «۹» فلذا لا يضمن إن أتلف، و قد يكون الشقاق بنشوز الرجل.

---

(۱) البقرة: ۱۸۲.

(۲) المختصر النافع: ص ۱۹۱.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۷.

(۴) المهذّب: ج ۲ ص ۲۶۴.

(۵) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ۳۸ ص ۴۸۳.

(۶) تفسير التبيان: ج ۳ ص ۱۹۱.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۷۲۹.

(۸) المبسوط: ج ۴ ص ۳۳۸.

(۹) التوبة: ۹۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۲۰

و لو منعها الزوج شيئا من حقوقها الواجبة من نفقة أو قسمة أو نحوهما و من ذلك سبّها و ضربها بلا سبب فهو نشوز منه و لها أن تطالبه و تعظه، فإن نجع و إلّا رفعت أمرها إلى الحاكم.

و للحاكم إلزامه بالأداء و لها ترك بعض حقوقها من نفقة و قسمة و غيرهما استمالة له لأنّها من حقوقها، فلا عليها في إسقاطها، و إن كان لها الرجوع متى شاءت لتجدّد هذه الحقوق كلّ حين.

و يحلّ للزوج قبوله إذا طابت بذلك نفسها، لعدم القهر و انحصار الحقّ فيها، فإذا تركته له حلّ له، و قد قال تعالى «وَ إِنِ امْرَأَةٌ خٰافَتْ مِنْ بَعْلِهٰا نُشُوزاً أَوْ إِعْرٰاضاً فَلٰا جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا أَنْ يُصْلِحٰا بَيْنَهُمٰا صُلْحاً» «١» و قد روى أنّ النبى صلّى اللّه عليه و آله همّ بطلاق سودة فوهبت ليلتها لعائشة على أن لا يطلّقها ففعل «٢». و فى الحسن عن الحلبى عن الصادق عليه السّلام فى الآية فقال: هى المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إنّى أريد أن أطلّقك، فتقول له: لا تفعل إنّى أكره أن تشمت بى، و لكن انظر فى ليلتى فاصنع بها ما شئت، و ما كانت سوى ذلك من شىء فهو لك، و دعنى على حالى فهو قوله [تعالى] «فَلٰا جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا أَنْ يُصْلِحٰا بَيْنَهُمٰا صُلْحاً» و هو هذا الصلح «٣». و ما قد يتخيّل من الفرق بين البذل لخوف النشوز أو للنشوز فهو ساقط.

و لكن لو قهرها عليه لم يحلّ له، و هو الظاهر.

و لو منعها شيئا من حقوقها المستحبّة أو أغارها، فبذلت له مالا للخلع صحّ، و لم يكن ذلك إكراها على البذل لما عرفت، و هنا أولى.

و للعامّة وجه بكونه إكراها «۴» و قد يكون الشقاق بنشوزهما.

و لو كان النشوز منهما و خشى الحاكم شدّة الشقاق بينهما و التأدّى إلى التسابّ و التهاجر و التضارب أو دوامه، أو «خشى» بمعنى «علم»

---

(١) النساء: ١٢٨.

(٢) سنن البيهقى: ج ٧ ص ٢٩٧.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٩٠ ب ١١ من أبواب القسم و النشوز ح ١. و فيه: و هذا هو الصلح.

(۴) المغنى لابن قدامة: ج ٨، ص ١٧٨.

بعث وجوبا كما فى السرائر «١» لظاهر الأمر، أو استحبابا كما فى التحرير «٢» للأصل، و كون الأمر فى الأمور الدنيويّة ظاهرا فى الإرشاد.

و لعلّ الصواب الوجوب إذا توقّف الإصلاح عليه، و إلّا استحب أو جاز بلا رجحان حكما من أهل الزوج و حكما من أهلها لينظرا فى أمرهما و يصلحا بينهما كما هو نصّ الآية.

و فى النافع: «أنّ الزوجين يبعثان الحكمين، فإن امتنعا فالحاكم» «٣» و هو حقّ، و لا يستلزم أن يكون الخطاب فى الآية للزوجين ليستبعد، و لا ينافيه ظاهرها، فإنّ من المعلوم أنّ بعثهما الحكمين جائز، و أنّه أولى من الترافع إلى الحاكم. و كذا إذا بعث أولياؤهما الحكمين، مع احتمال الخطاب فى الآية لهم عموما أو خصوصا، و البعث منهم أو منهما أيضا ينقسم إلى الواجب و غيره كما فى بعث الحاكم. و اقتصر فى النهاية على نفى البأس عن بعث الزوجين «۴».

و بالجملة، ينبغى أن لا يكون فى جواز البعث من كلّ من هؤلاء و وجوبه إذا توقّف الإصلاح عليه، خصوصا على الحاكم و الزوجين، و لا ينشأ الاختلاف فى الآية، لاختلاف فى ذلك.

و كذا لا ينبغى الخلاف فى أنّه يجوز البعث من غير أهلهما و بالتفريق كما فى المبسوط «۵» و الشرائع «۶» و الوسيلة «٧» و إن لم يتضمّنه الآية، غاية الأمر أنّه إن توقّف الإصلاح على كونهما من أهلهما تعيّن، و ربّما أمكن من غيرهم، و ربّما لم يمكن إلّا من غير الأهل. فمن الظاهر أنّ الآية إنّما خصّت الأهل بالذكر للإرشاد، فإنّهم غالبا أبصر بأحوالهما و أقرب إلى الإصلاح بينهما و كلامهم أنجع فيهما. لكنّ ابن إدريس نصّ على وجوب كونهما من أهلهما لظاهر الآية «٨».

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۰.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۲، س ۲۴.

(۳) المختصر النافع: ص ۱۹۱.

(۴) النهاية: ج ۲ ص ۴۷۳.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۴۰.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۳۹.

(۷) الوسيلة: ص ۳۳۳.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۰.

تحكيما كما هو المشهور. و ظاهر السرائر «۱» و فقه القرآن للراوندى «۲» الإجماع عليه، و فى المبسوط: أنّه قضيّة المذهب «۳».

لا توكيلا كما قال به مالك «۴» و بعض الشافعيّة و حكى قولا للشافعيّ «۵» لظاهر الآية من لفظ الحكم، و من توجيه الخطاب إلى غير الزوجين، و لو كانا وكيلين لهما كانا مبعوثين من قبلهما، و من نسبة الإصلاح إليهما، و لما سيظهر من أنّ لهما الإصلاح بما يريانه من غير استيذان، و ليس لهما التفريق إلّا بالإذن.

و وجه التوكيل أنّهما بالغان رشيدان فلا ولاية عليهما، و أنّه لا حكم لغير الفقيه، و لا يشترط فيهما الفقه. و يدفعهما: أنّ للحاكم الولاية العامّة، و أنّهما إذا امتنعا من الإصلاح كان للحاكم أن يجبرهما عليه بما يراه و «۶» يدفع الظالم عن ظلمه، و من ذلك بعث الحكمين، و الاجتهاد إنّما يشترط فى الرئاسة العامّة مع أنّهما لا يعارضان ظاهر الآية «۷» و الأخبار المتقدّمة «۸» لحكمهما على أنّ الحكم فى الحقيقة هنا للحاكم، و إنّما هما وكيلان.

فإن اتفقا على الصلح فعلاه من غير معاودة إلى الحاكم أو إليهما، من غير خلاف يظهر، و الأخبار به كثيرة، و هو ظاهر الآية، و يأتى على القول بالوكالة الاستئذان و لو ابتدأ على جهة العموم.

و إن رأيا المصلحة فى الفرقة استأذنا الزوج فى الطلاق و المرأة فى البذل إن كان الفرقة خلعا أى استأذن حكم الزوج إيّاه و حكم المرأة إيّاها، و إن كان طلاقا لم يستأذن إلّا حكم الزوج، و لا يشترط موافقة حكم الزوجة معه.

و لا يستبدّان بالفرقة فى المشهور، لخروجه عن الآية، و كون الطلاق

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۰.

(۲) فقه القرآن: ج ۲ ص ۱۹۳.

(۳) المبسوط: ج ۴ ص ۳۴۰.

(۴) الموطّأ: ج ۲ ص ۵۸۴ ذيل الحديث ۷۲.

(۵) الحاوى الكبير: ج ۹ ص ۶۰۲.

(۶) فى ن: أو يدفع.

(۷) النساء: ۳۵.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۸۹ ب ۱۰ من أبواب القسم و النشوز.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٥٢٣

بيد من أخذ بالساق. و للأخبار كصحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام قال:

ليس للحكمين أن يفرّقا حتى يستأمرا «١». و نحوه فى حسن الحلبى عن الصادق عليه السّلام «٢». و لم يظهر لى مخالف من الأصحاب و أخبارهم، و إنّما ذكر أبو على: أنّ الحاكم يشترط على الزوجين أن يكون للحكمين الخيار فى الإصلاح و التفريق «٣». و ابن حمزة: أنّهما إن استأذنا أوّلا فى الأمرين نفذ حكمهما فيهما و إلّا توقّفت الفرقة على الإذن «٤»، و الأمر كذلك.

و يلزم الحكم بالصلح و إن كان أحد الزوجين أو كلاهما غائبا حال الحكم لعموم الأدلّة. و فى المبسوط: إنّه إنّما ينفذ على القول بالتوكيل لبقاء الوكيل على الوكالة و إن غاب الموكّل، و على القول بالتحكيم فإنّه إنّما ينفذ على الغائب الحكم عليه، و هنا لكلّ منهما حقّ و عليه حقّ «٥». و لأنّ الحكم مشروط بالبقاء على الشقاق، و عند الغيبة ربّما لم يبق.

و لو شرط الحكمان شيئا عليهما أو على أحدهما وجب فى اللزوم أن يكون سائغا فى الشرع غير مناف للزوجيّة، كأن يسكنها فى دار كذا و لا يسكن معها الضرّة، أو تؤجّله بالمهر الحالّ، أو تؤدّيه «٦» ما افترضته و نحو ذلك. و إلّا نقض بأصل الشرع إن كان مرغوبا عنه شرعا، كأن لا يتسرّى، أو لا يتزوّج عليها، أو لا يستمتع بها متى أراد، أو لا يسافر بها. أو إن اختار المشروط عليه النقض، كأن تترك «٧» له حقّها من النفقة، أو القسمة.

و يشترط فى الحكمين العقل، و الحرّيّة، و الذكورة، و العدالة كما فى

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٩٢ ب ١٢ من أبواب القسم و النشوز ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٨٩ ب ١٠ من أبواب القسم و النشوز ح ١.

(٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧، ص ٤٠٧.

(٤) الوسيلة: ص ٣٣٣.

(٥) المبسوط: ج ٤ ص ٣٤١.

(٦) فى النسختين: يؤدّيه، و الصواب ما أثبتناه.

(٧) فى النسختين: يترك، و الصواب ما أثبتناه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٥٢٤

المبسوط «١»، فإنّهما وكيلان للحاكم على تقديرى التحكيم و التوكيل كما مرّت الإشارة إليه و يدخل فى العقل الاهتداء لما بعثا له أو يستلزمه العدالة، فإنّ العدل لا يحكم بما لا يهتدى له.

و لا يذهب عليك أنّه لا اختلاف بين ما فى الكتاب من تقسيم الشقاق إلى الثلاثة و تسمية الكلّ نشوزا، و ما فى القرآن من تخصيص النشوز بما فى أحد الطرفين و الشقاق بما فيهما، لانطباق اللفظين على معنييهما، و عدم إباء القرآن عن إطلاق أحدهما على معنى الآخر، و عدم اختلاف الحكم بالتسمية.

ثمّ لمّا ذكر ما يتحقّق به نشوز الرجل و هو منعها شيئا من حقوقها و لم يتعرّض لنشوز المرأة إلّا لإماراته صرّح هنا بما يتحقّق به فقال: و إنّما يتحقّق نشوز المرأة بالمنع من المساكنة «٢» فيما يليق بها بأن لا تأتيه، أو تغلق الباب على نفسها و تمنعه من الدخول، أو تخرج من بيته بغير إذنه [أو الامتناع من السكون فيما يليق بها] «٣» أو المنع من الاستمتاع المحلّل له، فلا نشوز بالامتناع ممّا لا يليق بها من المسكن و منه ما يتضرّر به، أو لا يمكنها الانتقال إليه إلّا بمشقة لا تتحمل.

أو لا بالامتناع من الاستمتاع المحرّم عليها، و هو ظاهر، أو عليه خاصة، لأنّه إنّما يتحقّق بترك الواجب عليها من التمكين، و

وجوبه إنّما يترتّب على المطالبة السائغة شرعا.

و يسقط نفقة الناشز اتفاقا، و يعضده الأصل و الأخبار «۴». فإن منعت غير الجماع من الاستمتاع احتمل سقوط بعض النفقة لأنّ كمالها بإزاء كمال التمكين، و فيه: أنّه لا يمكن الضبط. و سقوط الكلّ لأنّها بإزاء التمكين الكامل، و لذا لا نفقة للأمة المزوّجة إذا لم يسلّمها السيّد إلّا ليلا. و ثبوت الكلّ لأنّ العمدة هو الجماع.

---

(۱) المبسوط: ج ۴، ص ۳۴۰.

(۲) فی ن زيادة: «بل السكون» من المصنّف.

(۳) ليس فی ن.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۹ ب ۶ من أبواب النفقات.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۵۲۵

[المقصد الرابع فی أحكام الأولاد]

اشارة

المقصد الرابع فی أحكام حال الولادة و ما بعدها و إلحاق الأولاد، و كلام فی الحضانة فإنّ من مسائلها ما تفرّقت فی غيره من أبواب الفقه. و فيه فصول أربعة:

[الفصل الأوّل فی الولادة]

الأوّل فی الولادة و يجب عندها استبداد النساء أو الزوج بالمرأة إذ لا يخلو غالبا عن الاطّلاع على ما لا يجوز الاطّلاع عليه للرجال، و ربّما استحيت فأضرّ بها و بالولد، و ربّما تسبّب لهلاكها أو هلاكه، و يرشد ما أطبق عليه من قبول شهادة النساء منفردات بالولادة، و يجب على من علم بحالها و حاجتها من الزوج و النساء الحضور كفاية.

فإن عدم النساء أو الزوج أی لم يكن أحد منهم جاز حضور غيره من الرجال و ربّما وجب للضرورة و إن كانوا أجانب و لكن مع عدم أقارب أو امتناعهم من الحضور.

و المحارم من الأقارب أولى إن لم يستلزم الإشراف على ما يحرم لغيرهم الإشراف عليه، و إلّا تعيّنوا، و إن تعذر المحارم لم يفترق الأجانب و الأقارب إلّا بالأولويّة غالبا، و إن أوهمت العبارة خلافه.

فإذا وضعت استحبّ غسل المولود بفتح الغين أو ضمّه، لإطلاق الغسل عليه فی الأخبار «۱» و كلام الأصحاب، و اللغة لا تأبى عنه.

و على التقديرين فالظاهر عدم اعتبار الترتيب فيه كما فی أغسال المكلّفين، للأصل من غير معارض، و قيل «۲» بوجوبه لبعض الأخبار «۳».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۲ ص ۹۶۱ ب ۲۷ من أبواب الأغسال المسنونة.

(۲) الوسيلة: ص ۵۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۲ ص ۹۳۷ ب ۱ من أبواب الأغسال المسنونة قطعة من حديث ۳.

و الأذان فى اذنه اليمنى و الإقامة فى اليسرى قبل قطع السرّة، فإنّه عصمة من الشيطان، فلا يفزع أبدا، و لا يصيبه أمّ الصبيان «۱». و قد ورد فعلهما فى السابع أيضا «۲». و قد ورد: أنّ القابلة أو من يليه يقيم فى يمناه الصلاة، فلا يصيبه لمم و لا تابعة أبدا «۳».

و تحنيكه بماء الفرات و تربة الحسين عليه السّلام للأخبار «۴» و يكفى الدلك بكلّ من الحنكين للعموم و إن كان المتبادر ذلك الأعلى، و لذا اقتصر عليه جماعة من العامة و الخاصّة.

فإن تعذّر ماء الفرات فماء السماء للنصّ «۵»، فإن تعذّر فماء عذب كذا ذكره الأصحاب، و لا يحضرنى الآن به خبر، و يمكن فهمه من بعض نصوص ماء الفرات بناء على احتمال إضافة العامّ الى الخاصّ.

فإن تعذّر مرس فى ماء ملح أو عسل أو تمر و حنّك به لورود التحنيك بالتمر، و كون العسل شفاء مع جعلهما الماء عذبا.

فإذا كان اليوم السابع سمّاه إن لم يسمّه قبله، فهو غاية الأمر المستحبّ فيه التسمية، فالمستحبّ أن لا يؤخّر عنه التسمية، لا أن يؤخّر إليه، لما ورد من استحباب تسمية الحمل.

و كنّاه لقول الباقر عليه السّلام لعمر بن خثيم: إنّا لنكنّى أولادنا فى صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم «۶». و مستحبّا يتعلّق بالتسمية و التكنية، و يحتمل الاختصاص بالأخير إشارة إلى تأكّد استحباب التسمية.

---

(۱) مكارم الأخلاق: ص ۲۲۸.

(۲) البحار: ج ۱۰۴، ص ۱۲۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۳۷ ب ۳۵ من أبواب أحكام الأولاد ح ۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۳۷ ب ۳۶ من أبواب أحكام الأولاد.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۳۸ ب ۳۶ من أبواب أحكام الأولاد ح ۳.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۲۹ ب ۲۷ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

و أفضل الأسماء و أصدقها ما اشتمل على عبوديّة اللّه تعالى أمّا الأصدقيّة فظاهرة، و قد ورد فى الأخبار «۱»، و أمّا الأفضليّة فلما سيأتى، و لما فيها من التخضّع و الإقرار بالعبوديّة.

ثمّ الأفضل من جهة التبرّك أسماء الأنبياء و الأوصياء، و منها اسم محمّد صلّى اللّه عليه و آله، و الأئمة عليهم السّلام فلفظة «ثمّ» لتباين جهتى الفضل لا الترتّب فيه.

و يستحبّ أن لا يجمع بين محمّد و أبى القاسم للنهى و التأدّب معه صلّى اللّه عليه و آله، و حرّمه ابن حمزة «۲».

و أن لا- يسمّيه حكما و لا حكيما بضم الحاء أو «۳» فتحها و لا خالدا و لا مالكا و لا حارثا و لا ضرارا للنهى، و كون الأوّل من أسمائه تعالى، و كذا الثانى إن فتحت الحاء، و إشعار الخالد بالخلود و المالك بالملك و الاستقلال فى الأمور، و هما كاذبان منافيان للخضوع، و إشعار الأخير بالضرر مع ورود الأمر بالتسمية بالأسماء المستحسنة. و قد قيل: إنّ الأخيرين «۴» من أسماء إبليس.

و عن محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام: إنّ أبغض الأسماء إلى اللّه تعالى حارث و مالك و خالد «۵». و عن جابر عنه عليه

السّلام قال: قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم على منبره: ألا إنّ خير الأسماء: عبد اللّه و عبد الرحمن و حارثة و همام، و شرّ الأسماء: ضرارة و مرّة و حرب و ظالم «۶».

ثمّ يستحبّ فى السابع أن يحلق رأسه، و يتصدّق بوزن شعره ذهبا أو فضّة للنّص و الأخبار شاملة للذّكر و الأنثى. و يؤيّد العموم ما فى العلل

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۲۴ ب ۲۳ من أبواب أحكام الأولاد.

(۲) الوسيلة: ص ۳۱۵.

(۳) فى ن: و فتحها.

(۴) فى ن: «الأخير».

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۳۰ ب ۲۸ من أبواب أحكام الأولاد ح ۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۳۱ ب ۲۸ من أبواب أحكام الأولاد ح ۵.

عن الصادق عليه السّلام: أنّ العلّة فى الحلق التطهير من شعر الرحم «۱».

و فى قرب الإسناد للحميرى عن عبد اللّه بن الحسن «۲» عن علىّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام سأله عن العقيقة عن الغلام و الجارية، قال: سواء كبش كبش، و يحلق رأسه و يتصدّق بوزن شعره ذهبا أو ورقا، فإن لم يجد رفع الشعر و عرف وزنه، فإذا أيسر تصدّق به «۳». و قد ورد أنّه إن لم يحلق فى السابع سقط الاستحباب «۴».

و يكره القنازع و هى «۵» أن يحلق بعض الرأس دون بعض، سواء ترك الوسط أو غيره، و لا فرق فيه بين السابع و غيره لإطلاق النصوص «۶».

ثمّ يستحبّ أن يعقّ عنه فيه و أمّا ترتّبه على الحلق فغير معلوم.

و يثقب اذنه فاليمنى فى شحمتها و اليسرى فى أعلاها، كما فى خبر الحسين بن خالد عن أبى الحسن عليه السّلام «۷» و قوله: مستحبّا متعلّق بهما، و عن بعض العامّة تحريم الثقب للإيلام «۸»، فقيد الاستحباب يفيد مخالفته و مخالفة القول بوجوب العقيقة، و يفصل بينهما و بين الختن، فهو واجب فى الجملة.

و يستحبّ أن يختنه فى السابع للأخبار «۹». و يجوز تأخيره كما نصّ عليه فيها «۱۰».

---

(۱) علل الشرائع: ص ۵۰۵.

(۲) فى المصدر: عن جدّه على بن جعفر.

(۳) قرب الإسناد: ص ۱۲۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۶۹ ب ۶۰ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

(۵) فى ن: و هو.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۷۳ ب ۶۶ من أبواب أحكام الأولاد.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۹- ۱۶۰ ب ۵۱ من أبواب أحكام الأولاد ح ۲.

(۸) الفتح الربّانى: ج ۱۳ ص ۱۲۹.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۶۵ ب ۵۴ من أبواب أحكام الأولاد.

(۱۰) المصدر السابق، ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۲۹

و هل يجوز التأخير إلى البلوغ؟ فيه خلاف، و الظاهر الجواز وفاقا لابن إدريس «۱» للأصل، و خلافا للتحرير «۲».

فإن بلغ و لم يختتن وجب أن يختتن نفسه اتفاقا و فرق بينه و بين الخفض، فإنّ الختان واجب، و خفض الجوارى مستحبّ اتّفاقا فيهما، و فى الأخبار: أنّه مكرمة لهنّ «۳».

فإن أسلم الرجل غير مختون وجب أن يختتن نفسه و إن طعن فى السنّ فعن أمير المؤمنين عليه السّلام: إذا أسلم الرجل اختتن و لو بلغ ثمانين سنة «۴».

و يستحبّ للمرأة أن تخفض نفسها إذا بلغت أو أسلمت غير مخفوضة.

و يستحبّ أن يعقّ عن الذكر بذكر، و عن الأنثى بأنثى كما فى الفقيه «۵» و المقنعة «۶» و المبسوط «۷» و غيرها، و استدلّ عليه فى الخلاف بإجماع الفرقة و أخبارهم «۸».

و قيل فى الانتصار- وفاقا لأبى علىّ «۹»-: العقيقة واجبة للإجماع و الأخبار «۱۰»، و لأنّه خير، و قال اللّه تعالى «وَ افْعَلُوا الْخَيْرَ» «۱۱» و ظاهره الوجوب «۱۲».

و الإجماع ممنوع، كيف و حكى فى الخلاف الإجماع على خلافه «۱۳» و الأخبار

---

(۱) السرائر: ج ۲ ص ۶۴۷.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۳ س ۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۶۸ ب ۵۸ من أبواب أحكام الأولاد.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۶۶ ب ۵۵ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

(۵) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۴۸۵ ح ۴۷۱۵.

(۶) المقنعة: ص ۵۲۲.

(۷) المبسوط: ج ۱ ص ۳۹۵.

(۸) الخلاف: ج ۶ ص ۶۹ المسألة ۳۰.

(۹) حكاه عنهما مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۰۳.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۴۳- ۱۴۴ ب ۳۸ من أبواب أحكام الأولاد.

(۱۱) الحجّ: ۷۷.

(۱۲) الانتصار: ص ۱۹۱.

(۱۳) الخلاف: ج ۶ ص ۶۸ المسألة ۲۹.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۳۰

لضعفها تضعف عن الإيجاب، و الآية إنّما تدلّ على وجوب فعل خير، إذ لا دليل على الاستغراق، و الأصل العدم.

و لا يكفى الصدقة بثمنها عنها لخروجها عن مسمّاها، و لما ورد من أنّ اللّه يحبّ إراقة الدماء له «۱». و لخبر محمّد بن مسلم خصوصا، قال: ولد لأبى جعفر عليه السّلام غلامان، فأمر زيد بن على أن يشترى له جزورين للعقيقة، و كان زمن غلاء فاشترى له

واحدة و عسرت عليه الأخرى، فقال لأبى جعفر عليه السّلام: عسرت علىّ الأخرى فأتصدّق بثمنها؟ فقال: لا أطلبها حتى تقدر عليه، فإنّ اللّه عزّ و جلّ يحبّ إهراق الدماء و إطعام الطعام «٢».

و لا يسقط استحبابها بالتأخير لعذر و غيره و لو إلى ما بعد البلوغ، فقال عمر بن يزيد للصادق عليه السّلام: إنّى و اللّه ما أدرى كان أبى عقّ عنّى أم لا، فأمره فعقّ عن نفسه و هو شيخ «٣». و قال: كلّ امرئ مرتهن بعقيقته، و العقيقة أوجب من الضحيّة «٤». و فى مضمر سماعة: إذا ضحى عنه أو قد ضحى الولد عن نفسه فقد أجزأه عن عقيقته «٥». و ليحمل خبر ذريح المحاربى عن الصادق عليه السّلام «قال: إذا جازت سبعة أيّام فلا عقيقة له» «٦» على انتفاء الفضل.

و يستحبّ أن يجمع شروط الأضاحى لما فى الفقيه من قول الصادق عليه السّلام: يذبح عنه كبش، فإن لم يوجد كبش أجزأه ما يجزيه فى الأضحيّة، و إلّا فحمل أعظم ما يكون من حملان السنّة «٧». و فى غيره من الأخبار أنّها ليست

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١۴۵- ١۴۶ ب ۴٠ من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١۴۶ ب ۴٠ من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١۴۵ ب ٣٩ من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١۴٣ ب ٣٨ من أبواب أحكام الأولاد ح ١.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٧٣ ب ۶۵ من أبواب أحكام الأولاد ح ١.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٧٠ ب ۶٠ من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

(٧) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۴٨۵ ح ۴٧١۴.

كالأضحيّة فى الشروط «١»، و لا ينافى.

و يستحبّ تخصيص القابلة بالرجل و الورك كما فى أخبار: أبى بصير «٢» و حفص الكناسى «٣» و الكاهلى «۴» عن الصادق عليه السّلام. و فى خبر آخر لأبى بصير «۵» و خبر عمّار بن موسى عنه عليه السّلام: أنّها تعطى الربع «۶»، و هو يوافق الرجل و الورك غالبا. و فى خبر أبى خديجة عنه عليه السّلام الثلث «٧».

فإن لم تكن قابلة أعطيت الأمّ ذلك تتصدّق به لخبر عمّار عن الصادق عليه السّلام قال: و إن لم تكن قابلة فلأمّه يعطيها من شاءت «٨». و ظاهره عدم تعيّن التصدّق عليها و جواز إعطائها الغنىّ.

و لو كانت القابلة ذمّيّة لا تأكل ذبيحتنا أعطيت ثمنه لخبر عمّار عن الصادق عليه السّلام قال: و إن كانت القابلة يهوديّة لا تأكل من ذبيحة المسلمين أعطيت قيمة ربع الكبش «٩». و تخصيص اليهوديّة فى الخبر، لأنّ النصارى يأكلون ذبائحنا، و كذا المجوس إن أدخلناهم فى أهل الكتاب.

و لو كانت أمّ الأب أو من هى فى عياله لم تعط شيئا لخبر أبى خديجة عن الصادق عليه السّلام قال: و إن كانت القابلة أمّ الرجل أو فى عياله فليس لها منها شىء «١٠».

و لو أهمل عقيقة ولده استحبّ للولد بعد بلوغه أن يعقّ عن نفسه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١۵٣ ب ۴۵ من أبواب أحكام الأولاد.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١۴٩ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ١.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۲ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۰ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۱ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱۰.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۰ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ۴ و ص ۱۵۲ ح ۱۵.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۶ ب ۴۷ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۲ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱۵.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۲ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱۴.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۵۶ ب ۴۷ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

لما عرفت من أنّ المرء مرتهن بعقيقته و قد عرفت استحبابه إذا جهل الأمر أيضا.

و يسقط استحبابها لو مات المولود يوم السابع قبل الزوال لا- إن مات بعده لخبر إدريس بن عبد اللّه القمّى عن الصادق عليه السّلام «۱».

و يستحبّ طبخها وحدها أو مع غيرها من الحبوب و دعاء جماعة من المؤمنين و الأفضل الفقراء أقلّهم عشرة، و كلّما كثر عددهم كان أفضل لخبر عمّار عن الصادق عليه السّلام: يطعم منه عشرة من المسلمين، فإن زادوا فهو أفضل «۲». و لاستحباب الإطعام، فكلّما زاد زاد خيرا، و لأنّه يستحبّ أن يدعو للمولود، و كلّما كانوا أكثر كان الدعاء إلى الإجابة أقرب.

و يجوز تفريق اللحم على الفقراء.

و يكره بل قيل: لا يجوز «۳» للأبوين و من فى عيالهما الأكل منها للأخبار «۴» و فى بعضها يأكل منها كلّ أحد إلّا الأمّ «۵».

و يكره كسر عظامها، بل ينبغى أن تفصل أعضاء كما فى خبر أبى خديجة «۶» و الكاهلى «۷» و فى خبر عمّار: أنّه لا بأس بالكسر «۸».

[الفصل الثانى فى إلحاق الأولاد]

اشارة

الفصل الثانى فى إلحاق الأولاد بالآباء و مطالبه ثلاثة:

[المطلب الأوّل فى أولاد الزوجات]

الأوّل فى أولاد الزوجات.

أمّا النكاح الدائم فيلحق فيه الأولاد بالزوج بشروط ثلاثة:

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۷۰ ب ۶۱ من أبواب أحكام الأولاد، ح ۱.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٥٠ ب ٤۴ من أبواب أحكام الأولاد، ح ۴.

(٣) النهاية: ج ٢ ص ۴٠۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٥۶ ب ۴٧ من أبواب أحكام الأولاد.

(۵) المصدر السابق: ح ١.

(۶) المصدر السابق.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٥٠ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ۵.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٥٢ ب ۴۴ من أبواب أحكام الأولاد ح ١٧.

الدخول بغيبوبة الحشفة، أو ما فى حكمها فى القبل أو الدبر كما سيأتى التصريح به فى اللعان أنزل أو لا، لإطلاق الفتاوى. و نحو قول الباقر عليه السّلام لأبى مريم الأنصارى: إذا أتاها فقد طلب ولدها «١».

و مضىّ أقلّ مدّة الحمل و هو ستّة أشهر من حين الوطء و قد وقع الاتفاق على أنّه لا يولد المولود حيّا كاملا لأقلّ منها، و نطقت به الأخبار، و دلّ عليه قوله تعالى «وَ حَمْلُهُ وَ فِصٰالُهُ ثَلٰاثُونَ شَهْراً» «٢» مع قوله «وَ فِصٰالُهُ فِي عٰامَيْنِ» «٣».

و عدم تجاوز أقصى مدّة الحمل و هو: عشرة أشهر وفاقا للمحقّق «۴» و موضع من المبسوط «۵»، لعموم كون الولد للفراش، و أصالة عدم الزنا و الشبهة، مع أنّ الوجود يعضده، و فيه نظر.

و قيل فى المشهور: تسعة «۶» و هو الأقوى، لقول الباقر عليه السّلام فى مرسل عبد الرحمن بن سيابة: أقصى مدّة الحمل تسعة أشهر لا يزيد لحظة، و لو زاد ساعة لقتل امّه قبل أن يخرج «٧». و ظاهر خبر وهب عن الصادق عن أمير المؤمنين عليهما السّلام قال: يعيش الولد لستّة أشهر، و لسبعة و لتسعة، و لا يعيش لثمانية أشهر «٨»، و لما تسمعه الآن من الخبرين.

و قيل فى الانتصار «٩» و الجامع «١٠»: سنة و حكى عن أعلام المفيد و أنّه ادّعى الإجماع عليه «١١». و ممّا يستدلّ به عليه قول الكاظم عليه السّلام لمحمّد بن

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ١٣٧ ب ١٠٣ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١.

(٢) الأحقاف: ١۵.

(٣) لقمان: ١۴.

(۴) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣۴٠.

(۵) فى المبسوط: ج ۵ ص ٢٩٠ أكثر الحمل عندنا تسعة أشهر.

(۶) الموصليّات (رسائل الشريف المرتضى) المجموعة الاولى: ص ١٩٢.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١١۵ ب ١٧ من أبواب أحكام الأولاد ح ٣.

(٨) المصدر السابق.

(٩) الانتصار: ص ١۵۴.

(١٠) الجامع للشرائع: ص ۴۶١.

(١١) الأعلام (مصنّفات الشيخ المفيد): ج ٩ ص ۴١، و فيه: «عندهم» و الظاهر أنّه مصحّف «عندنا».

حكيم: إنّما الحمل تسعة أشهر، قال: قلت: فتزوّج، قال: تحتاط ثلاثة أشهر، قال:

قلت: فإنّها ارتابت بعد ثلاثة أشهر، قال: ليس عليها ريبة تزوّج «۱». و فى صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج: إذا طلّق الرجل امرأته، فادّعت حبلا، انتظرت تسعة أشهر، فإن ولدت و إلّا اعتدّت ثلاثة أشهر، ثمّ قد بانت منه «۲».

و دلالتهما على التسعة أوضح، فإنّهما ينصّان على أنّ الثلاثة أشهر للريبة.

و بذلك صرّح جماعة من الأصحاب منهم: أبو الصلاح «۳» و ابنا: زهرة «۴» و شهرآشوب، و لا يبعد حمل كلام الانتصار على نفى القول منّا بأزيد من سنة، و يؤيّده ما نقل عن الموصليّات من أولويّة التسعة «۵». و بالجملة فلم يظهر فى صريح قول بالسنة لغير ابن سعيد «۶».

فلو لم يدخل، أو ولدته حيّا كاملا لأقلّ من ستّة أشهر من حين الوطء أو لأكثر من أقصى مدّة الحمل و يظهر باتّفاقهما عليه أو بغيبته أو ما فى حكمها «۷» لم يجز إلحاقه به، و ينتفى عنه بغير لعان فى المشهور، لعدم جواز ما نفاه الشارع، و قد عرفت الإطباق على كون الأقلّ ستّة أشهر، و لكنّ المفيد خيّره إن وضعت لأقلّ منها بين النفى، و الإقرار «۸».

و لا يظهر له وجه إلّا خبر أبان بن تغلب سأل الصادق عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة فلم تلبث بعد أن أهديت إليه إلّا أربعة أشهر حتى ولدت جارية، فأنكر ولدها، و زعمت هى أنّها حبلت منه، فقال: لا يقبل ذلك منها، و إن ترافعا إلى

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ من أبواب العدد ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۱- ۴۴۲ ب ۲۵ من أبواب العدد ح ۱.

(۳) الكافى فى الفقه: ص ۳۱۴.

(۴) الغنية: ص ۳۸۷.

(۵) الموصليّات (رسائل الشريف المرتضى) المجموعة الاولى: ص ۱۹۲.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۶۱.

(۷) فى النسختين: «حكمهما» و الصواب ما أثبتناه.

(۸) المقنعة: ص ۵۳۸.

السلطان تلاعنا و فرق بينهما و لم تحلّ له أبدا «۱». و هو مع الضعف يحتمل عدم حياة الولد أو تمامه و إن يتنازعا فى المدّة.

و أمّا الانتفاء باتفاقهما [على طول الغيبة] «۲» فلأنّه لا سبيل حينئذ إلى نفيه إلّا ذلك مع انتفائه فى نفس الأمر عنه، فلو لم يفد الاتفاق لزم الفساد، و لانحصار الحقّ الآن فيهما.

و أمّا الحكم على الولد بالانتفاء فمشكل، لأنّه غيرهما فلا ينفذ فيه إقرارهما.

مع عموم كون الولد للفراش. و يقوّيه ورود الأخبار بترك قولهما إذا أنكر الدخول مع تحقّق الخلوة «۳».

و مع اجتماع الشرائط لا يجوز نفيه لتهمة فجورها و لا تيقّنه، فإن نفاه حينئذ لم ينتف إلّا باللعان للاتفاق على أنّ الولد للفراش، و لا باللعان إذا صرّح باستناد النفى إلى ذلك.

و لو وطئ زوجته ثمّ وطئها آخر و لو بعده فجورا كان الولد لصاحب الفراش و لا يتوهّم أنّ البعديّة مرجّحة لكونه من الزانى، لاستصحاب عدم الحمل، بل لا ينتفى عنه مطلقا إلّا باللعان، فإنّ الزانى لا ولد له بل الولد للفراش، و السر فيه ظاهر سواء شابه الأب أو الزانى فى الصفات فلا عبرة به شرعا. و خبر داود بن فرقد عن الصادق عليه السّلام قال: أتى رجل رسول اللّه صلّى اللّه

عليه و آله فقال: يا رسول اللّه إنّى خرجت و امرأتى حائض و رجعت و هى حبلى، فقال له رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: من تتّهم؟ قال: أتّهم رجلين، قال: ائت بهما، فجاء بهما فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: إن يك ابن هذا فسيخرج قططا كذا و كذا، فخرج كما قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: فجعل معقلته على قوم امّه و ميراثه لهم «۴». مع الإرسال يحتمل طول الغيبة و ما فى حكمها.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۱۷ ب ۱۷ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱۰.

(۲) لم يرد فى المطبوع.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۹ ب ۵۶ من أبواب المهور.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۱۳ ب ۱۰۰ من أبواب أحكام الأولاد ح ۲.

و لو وطئها غيره للشبهة، أقرع بينهما و الحق الولد بمن تقع عليه إن أمكن الانتساب إليهما.

و لو اختلف الزوج و الزوجة فى الدخول أو فى ولادته منها فالقول قول الزوج مع اليمين للأصل و كونه فعله، و كذا إذا كبر الولد فادّعى كونه ولده.

و لو اعتدّت من الطلاق ثمّ أتت بولد ما بين الفراق إلى أقصى مدّة الحمل الحق به إن لم توطأ بعقد أو شبهة و إن وطئت زنا، إلّا أن يعلم الانتفاء بمضىّ أكثر من الأقصى من حين الوطء، فإنّما اعتبر الولد بين الفراق و الولادة عملا بالظاهر، و إلّا فالعبرة حقيقة بحين الوطء، و يجوز بعيدا أن يريد بالفراق الفراغ من الوطء. و وجه الإلحاق ظاهر، فإنّ المعروف فى الشرع إثبات النسب للولد ما لم يتيقّن عدمه حفظا للأعراض، و حملا لأفعال المؤمنين على الصحّة، و ذكر الاعتداد لإشعاره بالدخول، و لئلّا يتوهّم أنّها إذا اعتدّت فقد بانت منه و ارتفع الفراش و حكمه فلا إلحاق.

و إن تزوّجت بعد العدّة أو وطئت شبهة فإن أتت به لستّة أشهر من وطء الثانى فهو له و إن كان لعشرة أو تسعة أو ما دونها من وطء الأوّل للأصل، و زوال الفراش للأوّل و ثبوته للثانى، و للأخبار.

و يحتمل القرعة كما فى المبسوط «۱» مؤذنا بالإجماع، لثبوت الفراش لهما حين الوطء، و إمكان الكون منهما مع غلبة الولادة للأقصى، و كما أنّ الأصل عدم التكوّن سابقا، فالأصل بالنسبة إلى كلّ منهما عدم النسب.

و لو كان لأقلّ من ستّة أشهر فهو للأوّل إن لم يتجاوز الفراق أقصى مدّة الحمل فإن تجاوز فينتفى عنهما، و كذا الأمة إذا وطئها المشترى جاهلا بعدم الاستبراء، أو الحكم، أو استبرأ بما عليه من الاستبراء و لم يظهر الحمل.

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۸۱.

و لو أحبل امرأة من زنا ثمّ تزوّجها لم يجز إلحاق الولد به، و كذا لو زنى بأمة فحملت ثمّ اشتراها إذ لا عبرة بالفراش إذا علم التولد من الزنا.

و لو اتفقا على الدخول و الولادة لأقلّ مدّة الحمل فصاعدا إلى الأقصى لزم الأب الاعتراف به مع الفراش، و لم يجز له نفيه، لما مرّ. فإن نفاه لم ينتف إلّا باللعان و الانتفاء باللعان لإمكان العلم بالحمل قبل الدخول إن كان لأكثر من أقلّ المدّة، و بعدمه بعده إن كان للأقلّ «۱».

و كذا لا ينتفى إلّا باللعان لو اختلفا فى المدّة كأن ادّعت مضيّ الأقلّ من الوطء أو ادّعى مضيّ الأكثر ترجيحا للنسب و الفراش، مع أصالة عدم الدخول فى الأوّل، و لا ينظر إلى أنه فى الحقيقة اختلاف فى الدخول، فيكتفى بيمين المنكر.

و حلّفها الشهيد عند الاختلاف فى المدّة مطلقا «٢»، و كأنّه نظر إلى الرجوع إليها فى العلوق بالولد، فإنّه من فعلها فيقدّم قولها مطلقا.

و كلّ من أقرّ بولد مرّة لم يقبل نفيه عنه بعد اتّفاقا للمؤاخذة بالإقرار. و لترجيح النسب. و للأخبار «٣» به بخصوصه.

و لا يجوز له نفى الولد لمكان العزل و إن علم انتفاء الإنزال كما هو قضيّة الأخبار «۴» و الفتاوى.

فإن نفاه لم ينتف إلّا باللعان و ينبغى أن لا ينتفى باللعان أيضا إذا أقرّ باستناد إنكاره إلى العزل.

و أمّا النكاح المؤجّل فإن اجتمعت الشرائط الثلاثة لم يحلّ له نفيه عنه، لكن لو نفاه من غير اعتراف بالشروط و لا علم بها انتفى منه

---

(١) فى المطبوع: إن كان لأقلّ المدّة، و بعدمه بعده و إن كان لأكثر.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: ج ۵ ص ۴۳۶.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢١۴ ب ١٠٢ من أبواب أحكام الأولاد.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١١٣ ب ١۵ من أبواب أحكام الأولاد.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۵٣٨

من غير لعان على رأى وفاقا للمشهور، اقتصارا فى خلاف الأصل على اليقين، فإنّ المتبادر من الأزواج الدائمات، لكن عليه اليمين مع دعواها أو دعوى الولد النسب.

و ذهب المرتضى «١» و ابن سعيد «٢» إلى وقوع اللعان بها كما قدّمناه، و حكى عن عزّيّة المفيد. و قد تقدّم أنّ من الأصحاب من أنكر الخلاف فى اللعان للنفى، و قصره عليه للقذف، و أنّ كلام ابن سعيد صريح فيه للنفى.

[المطلب الثانى فى ولد المملوكة]

المطلب الثانى فى ولد المملوكة إذا وطئ مملوكته، فجاءت بولد لستّة أشهر فصاعدا إلى الأقصى وجب عليه الاعتراف به إن لم تظهر أمارة الخلاف كما سيصرّح به اتفاقا كما يظهر منهم، و إن لم يكن فراشا كما هو المشهور. و لصحيح سعيد بن يسار سأل الكاظم عليه السّلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها و هى تخرج فتعلّق، قال: أ يتهمها الرجل أو يتّهمها أهله؟ قلت: أمّا ظاهرة فلا، قال: إذا لزمه الولد «٣».

و سئل الصادق عليه السّلام فى حديث آخر عن رجل وقع على جارية له تذهب و تجيء و قد عزل عنها و لم يكن منه إليها، ما تقول فى الولد؟ قال: أرى أن لا يباع هذا يا سعيد. قال: و سألت أبا الحسن عليه السّلام فقال: أ تتّهمها؟ فقلت: أمّا تهمة ظاهرة فلا، قال: فيتّهمها أهلك؟ فقلت: أمّا شيء ظاهر فلا، فقال: فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟ «۴».

فإن نفاه انتفى عنه من غير لعان اتفاقا اقتصارا فى خلاف الأصل على موضع النصّ و هو الأزواج، و إذا انتفى اللعان فيها لزم الانتفاء بالنفى، إذ لم يبق طريق إليه غيره، و هو بمنزلة فعله لا يعلم إلّا منه، فيقبل فيه قوله.

فإن اعترف به بعد ذلك الحق به للمؤاخذة بالإقرار و بترجيح النسب،

(۱) الانتصار: ۱۱۵.

(۲) الجامع للشرائع: ص ۴۵۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۵ ب ۵۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۶ ب ۵۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

و فحوى صحيح الحلبي بمثله في ولد الملاعنة «۱»، لكن الظاهر أنّه إنّما يترتّب عليه من أحكام النسب ما عليه دون ماله أخذا بإقراريه كما صرّحوا به في ولد الملاعنة وفاقا للأخبار.

فإن اعترف به أوّلا ثمّ نفاه لم يصحّ نفيه و الحق به كما في ولد الزوجة.

و لو وطئها المولى و الأجنبيّ فجورا، فالولد للمولى ترجيحا للنسب لأصالة ثبوته و إن لم يكن فراشا إلّا أن ينفيه. و للأخبار كخبر سعيد الأعرج سأل الصادق عليه السّلام عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال:

للذي عنده الجارية، لقول رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر «۲».

و لو وطئها المشتركون فيها في طهر واحد مع العلم بالتحريم أو الجهل عامدين أو لا و ولدت فتداعوه أو لم يدّعه أحد منهم لم ينف عنهم، و لم يحكم بكونه ولد زنا و إن كان الوطء محرّما كالوطء في الحيض و نحوه، بل أقرع بينهم، فمن خرج اسمه الحق به للأخبار «۳»، و لعلّ السرّ فيه خروجهم عن الزنا باستحقاقهم فيها و ترجيح النسب، مع أنّه لا انتساب شرعا إلّا إلى واحد، فلا بدّ من القرعة. و احتمال التكوّن من أكثر من نطفة. مندفع بالنصّ و الإجماع.

و اغرم حصص الباقين من قيمة امّه وفاقا لابن إدريس «۴» و المحقّق «۵» لصيرورتها أمّ ولده و قيمته يوم سقط حيّا لأنّه نماء ملكهم، مع عدم تحليلهم، و خروجه عن الزنا الموجب لرقّيّة الولد. و للأخبار «۶» في قيمة الولد.

و أمّا قيمة الأمّ فلقول الصادق عليه السّلام لعبد اللّه بن سنان فيما أرسله الشيخ عن

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۷ ص ۵۵۹ ب ۲ من أبواب ميراث ولد الملاعنة ح ۳.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۸ ب ۵۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۶ و ۵۶۷ ب ۵۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۵۸.

(۵) شرائع الإسلام: ج ۲، ص ۳۴۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۶ و ۵۶۷ ب ۵۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

يونس، في قوم اشتركوا في جارية فائتمنوا بعضهم و جعلوا الجارية عنده فوطئها:

يجلد الحدّ و يدرأ عنه بقدر ماله فيها، و تقوّم الجارية و يغرم ثمنها للشركاء، فإن كانت القيمة في اليوم الذي وطئ أقلّ ممّا اشتريت به فإنّه يلزم أكثر الثمن، لأنّه قد أفسد على شركائه، و إن كانت القيمة في اليوم الذي وطئ أكثر ممّا اشتريت به يلزم الأكثر لاستفسادها «۱».

و لكن روى مثله في موضع آخر مسندا و زاد فيه قلت: فإن أراد بعض الشركاء شراها دون الرجل، قال: ذلك له، و ليس له أن

يشتريها حتى تستبرئ، و ليس على غيره أن يشتريها إلّا بالقيمة «٢». و هو يدلّ على عدم الإجبار على التقويم و إعطاء القيمة، لكن الأحوط ذلك، لصيرورتها فى الظاهر أمّ ولده.

و ربما استدلّ على التقويم بحسن أبى بصير عن الباقر عليه السّلام قال: بعث رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله عليّا عليه السّلام إلى اليمن، فقال له حين قدم: حدّثنى بأعجب ما مرّ عليك، قال: يا رسول اللّه أتانى قوم قد تبايعوا جارية فوطؤوها جميعا فى طهر واحد فولدت غلاما و أصبحوا «٣» فيه كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم و جعلته للذى خرج سهمه و ضمنته نصيبهم «۴». بتعميم النصيب للنصيب منها و من الولد. و لم يتعرّض الشيخان «۵» و ابن زهرة «۶» إلّا لقيمة الولد، و ابن سعيد إلّا لها و للعقر «٧».

و لو ادّعاه واحد منهم خاصّة مع نفى الباقين أو سكوتهم الحق به بلا قرعة و اغرم حصص الباقين من القيمتين أمّا مع النفى فلما عرفت من الانتفاء بمجرّده، و أمّا مع السكوت فإمّا لأنّه بمنزلة النفى، و إمّا لأنّه مدّعى بلا منازع، و للرجحان بدعواه مع سكوت الغير، فلا إشكال ليقرع. و لأنّ القرعة

---

(١) تهذيب الأحكام: ج ١٠ ص ٢٩ ح ٩۶.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٧٢ ح ٣٠٩.

(٣) فى الكافى و التهذيب و الوسائل: احتجّوا.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۶٧ ب ۵٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

(۵) المقنعة: ص ۵۴۴، النهاية: ج ٢ ص ۴١٣.

(۶) الغنية: ص ٣۶١.

(٧) الجامع للشرائع: ص ۴۶١.

لإثبات النسب إلى واحد و قد ثبت و الأصل انتفاؤه عن الغير. و لاختصاص نصوص القرعة فيها بخصوصها بصورة التداعى.

و لا يجوز نفى الولد لها أيضا لموضع العزل، فإن نفاه انتفى من غير لعان و إن أثم بالنفى.

و لو انتقلت إلى موالى بالتعاقب و وطئها كلّ واحد منهم بعد انتقالها إليه من غير استبراء منه و لا من البائع فولدت فالولد للأخير إن وضعته لستّة أشهر فصاعدا إلى الأقصى من وطئه أمّا فى الأوّل فظاهر، و أمّا فى الزائد فللأصل كما تقدّم فيمن تزوّج بعد الطلاق.

و إلّا تضعه إلّا لأقلّ من ستّة فللّذى [وطئ] قبله إن كان مضى لوطئه ستّة أشهر أو أزيد و إلّا فللسابق عليه و هكذا و ممّا يؤيّده: خبر الحسن الصيقل عن الصادق عليه السّلام قال: سمعته: و سئل عن رجل اشترى جارية ثمّ وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها، قال: بئس ما صنع يستغفر اللّه و لا يعود، قلت: فإن باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها ثمّ باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث، فقال عليه السّلام: الولد للذى عنده الجارية، و ليصبر، لقول رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر «١».

و يجرى هنا ما تقدّم فيمن تزوّجت بعد الطلاق من القرعة إن وضعت لأقصى الحمل من السابق و أقلّه من اللاحق.

و لو وطئها آخر فجورا و لو بعد وطئ المولى فالولد للمولى مع الإمكان و إن أمكن الكون من الزانى لما عرفت، و إنّما كرّره لإبانة الفرق بينه و بين وطئ الموالى، و ليصل به قوله: و إن حصلت أمارة أنّه ليس منه لم يجز إلحاقه به و لا نفيه عنه، و ينبغى أن يوصى له بشىء، و لا يورثه ميراث الأولاد وفاقا للشيخ «٢» و جماعة لعدّة أخبار.

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۸ ب ۵۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۴۱۵.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۴۲

منها: صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السّلام قال: إنّ رجلا من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السّلام فقال: إنّي ابتليت بأمر عظيم أنّ لي جارية كنت أطؤها، فوطئتها يوما و خرجت في حاجة لي بعد ما اغتسلت منها و نسيت نفقة لي، فرجعت إلى المنزل لأخذها فوجدت غلامي على بطنها، فعددت لها من يومي ذلك تسعة أشهر، فولدت جارية، قال: فقال له أبي عليه السّلام: لا ينبغي لك أن تقربها و لا تنفيها، و لكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيّا، ثمّ أوص عند موتك أن ينفق عليها من مالك حتّى يجعل اللّه لها مخرجا «۱».

و الظاهر أنّه إن عمل بها ففيما يضمنه هذا الخبر من القطع بالزنا لا بمجرد التهمة، لأنّ الأخبار الباقية غير صحيحة، و لعلّه للتنبيه على وصله المصنّف بقوله:

و لو وطئها آخر فجورا و مع ذلك فيه إشكال من الموافقة «۲» لأصل ترجيح النسب، و لزوم تردّده بين الحرّ و الرقّ و بين الولد و غيره.

و كذا في تملّكه لما يوصى به أو تملّك الوارث له فإنّ حرمة الإلحاق يفيد الرقّيّة المستلزمة لتملّك الوارث له و عدم تملّكه للموصى به، و حرمة النفي يفيد الحرّيّة المستلزمة للخلاف.

و لو اشترى حبلى فوطئها قبلا- قبل مضيّ أربعة أشهر و عشرة أيّام كره له بيع الولد كان الحمل من زنا أو غيره وفاقا لابني: إدريس «۳» و سعيد «۴».

و حرّمه الشيخان «۵» و سلّار «۶» و بنو: زهرة «۷» و حمزة «۸» و البرّاج «۹»، و ادّعى ابن زهرة عليه الإجماع «۱۰».

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۳ ب ۵۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱. و فيها بدل: «و لا تنفيها»: و لا أن تبيعها.

(۲) في المطبوع: بدل «الموافقة»: المخالفة.

(۳) لم نقف عليه في السرائر.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۶۲.

(۵) المقنعة: ص ۵۴۴، النهاية: ج ۲ ص ۴۱۵- ۴۱۶.

(۶) المراسم: ص ۱۵۶.

(۷) الغنية: ص ۳۶۰.

(۸) الوسيلة: ص ۳۰۸.

(۹) المهذّب: ج ۲ ص ۲۴۶.

(۱۰) الغنية: ص ۳۶۰.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۴۳

و ينبغي و قال الشيخ «۱» و ابن حمزة «۲»: عليه أن يعزل له قسطا من ماله و يعتقه، إلّا أن يكون قد عزل عنها أو وطئها بعد المدّة لنحو خبر إسحاق بن عمّار سأل الكاظم عليه السّلام عن رجل اشترى جارية حاملا و قد استبان حملها فوطئها، قال: بئس ما صنع،

قال: قلت: فما تقول فيه؟ فقال: أعزل عنها أم لا؟ فقلت: أجنبى فى الوجهين، فقال: إن كان عزل عنها فليتّق اللّه و لا يعود، و إن كان لم يعزل فلا يبيع ذلك الولد و لا يورثه، و لكن يعتقه و يجعل له شيئا من ماله يعيش به، فإنّه قد غذّاه بنطفته «٣».

و أمّا تخصيص ذلك بما قبل تلك المدّة ففعله الشيخ «۴» و الأكثر، لما مرّ و يأتى من أنّها كمدّة استبرائها، و لما ورد من نفى البأس عن وطئها بعدها. و شيء منهما لا يجدى، و صرّح المفيد بالتعميم «۵»، و هو الموافق للأخبار «۶».

و أمّا جعل البيع مكروها فلما فى السرائر «٧» من الإجماع على أنّه ليس ولده مع ضعف الأخبار، فلا ينتهض دليلا للحرمة.

[المطلب الثانى فى ولد المملوكة]

المطلب الثالث فى أولاد الشبهة لا خلاف فى أنّ وطء الشبهة كالصحيح فى إلحاق النسب كما نطقت به الأخبار «٨».

فلو ظنّ أجنبيّة زوجته أو جاريته فوطئها علمت بالحال أو لا فالولد له، فإن كانت أمة غيره غرّم قيمة الولد يوم سقط حيّا لكونه نماء ملكه مع انتفاء الزنا و أرش ما نقص منها بالوطء إن كانت بكرا أو «٩» بالحمل، لكن

---

(١) النهاية و نكتها: ج ٢ ص ۴١٧.

(٢) الوسيلة: ص ٣٠٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠٧ ب ٩ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

(۴) النهاية و نكتها: ج ٢ ص ۴١۵.

(۵) المقنعة: ص ۵۴۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵٠۵- ۵٠٧ ب ٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٧) لم نقف عليه فى السرائر كما ذكرناه.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۶٨ ب ٢۶ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

(٩) فى ن: بدل «أو»: و.

إن كانت دلّست عليه نفسها أو دلّسها غيرها رجع على المدلّس بما غرّم.

و لو تزوّج امرأة ظنّها خالية من الزوج و المولى و ظنّت موت زوجها أو طلاقه ثمّ بان الخلاف ردّت على الأوّل بعد العدّة من الثانى و لا رجوع له عليها بمهر أو نفقة لعدم التدليس و الأولاد للثانى إن جمعت الشرائط، سواء استندت فى الموت أو الطلاق إلى حكم حاكم أو لا، إلّا ما سيأتى من حكم المفقود استندت إلى شهادة شهود أو إخبار مخبر لا يفيد العلم شرعا مع ظنّ الصدق، ظنّت جواز الإخلاد إلى مثله أو لا، بل و إن علمت بوجود الزوج و الزوجيّة لم يتفاوت الحال بالنسبة إليه و إلى أولاده و انتسابهم إليه، و إنّما يختلف الحال بالنسبة إليها من الزنا و لحوق الولد بها و التدليس و مقابلاتها.

و لعلّ الواو بمعنى: «أو» و المعنى: لو تزوّج امرأة لما ظنّها خالية رأسا، أو ظنّت الموت أو الطلاق فأخبرته وثق به، أو إنّما ذكر ظنّها لإهماله حالها فى استحقاق المهر و النفقة و الولد. مع ما نذكره من وجوب النفقة لها على الزوج الأوّل.

و لا نفقة لها على الزوج الأخير فى عدّته، لأنّها أى العدّة أو المرأة لغيره و هو الزوج الأوّل بل على الأوّل، لأنّها زوجته مع عدم تفريطها فيما طرأ من عدم التمكّن من الاستمتاع، بخلاف ما لو لم تظنّ الموت أو الطلاق فإنّها لا تستحقّ النفقة، لعدم التمكين. و

يحتمل ذلك فيما إذا عوّلت على أخبار لا يكون حجّة فى الشرع، لا سيّما مع العلم بأنّه ليس حجة.

[الفصل الثالث فى الرضاع]

الفصل الثالث فى الرضاع أفضل ما يرضع به الولد لبان امّه أى رضاعها، لأنّ لبنها أقرب إلى مزاجه. و عن طلحة بن زيد عن الصادق عليه السّلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السّلام: ما من لبن رضع به الصبىّ أعظم بركة عليه من لبن أمّه «١».

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٧٥ ب ٦٨ من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

و تجبر على إرضاع اللبأ و هو أوّل اللبن لأنّ الولد لا يعيش بدونه كما ذكره الشيخ «١» و غيره، فإمّا المراد أنّه لا يعيش غالبا، أو أنّه لا يقوى و لا يشتدّ بنيته بدونه، و إلّا فالوجود يكذّبه.

و لكن لها الأجر عنه فإنّه فى الحقيقة عوض عن اللبن، فيكون كمن عنده طعام اضطرّ إليه ذو نفس محترمة، فإنّه يجب عليه البذل و له أخذ العوض. و للعامّة وجه بالعدم، لأنّه حقّ متعيّن عليها، و الأب عاجز عنه كما إذا أيسرت بالنفقة و هو معسر.

ثمّ أمّ الولد إن كانت مملوكة لأبيه كان له إجبارها على إرضاعه اتفاقا، لأنّها بجميع منافعها ملك له. و كذا يجوز إجبار المملوكة على الإرضاع و إن لم تكن امّا للولد و لا الولد ولد المولى.

و إن كانت حرّة أو مملوكة لغيره لم تجبر على الإرضاع مسلمة كانت أو ذمّيّة، و معتادة كانت لإرضاع ولدها أو لا لأنّ الزوج لم يملك منها هذه المنفعة.

نعم، إن تعذّر إرضاع الغير وجب عليها، كما يجب عليها إرضاع اللبأ. و استدلّ بعض العامّة. على الوجوب مطلقا بقوله تعالى «وَ الْوالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضاعَةَ» «٢». و لا يتمّ، فإنّ حقيقته الجبر، و كما يتجوّز به عن الإيجاب يتجوّز به عن مطلق الطلب، و لا دليل من قرينة أو غيرها على الإيجاب، فليحمل على الطلب على أنّه مقيّد بإرادة إتمام الرضاعة، فيجوز أن يكون قرينة على أنّه أولى و أتمّ من إرضاع الغير، لما عرفت من أنّ لبنها أفضل الألبان و أعظم بركة عليه و إن كان الظاهر أنّ القيد إنّما هو لإكمال الحولين.

و عن مالك فى أحد قوليه: إلزامها عليه إن كانت معتادة «٣». و للأمّ إذا اتفقا

(١) لم نقف عليه.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٣١٢- بقرة: ٢٣٣.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٣١٢.

على إرضاعها المطالبة بأجرة رضاعه لنصّ الكتاب «١»، و لأنّه فعل محترم له عوض مع عدم الوجوب عليها بأصل الشرع، و لأنّ اللبن لها فلها العوض إذا بذلته، و كذا لها الأجرة إن عرض الوجوب لما عرفت فإن لم يكن للولد مال وجب على الأب بذل الأجرة منه لوجوب نفقته عليه مع الأمر بإيتاء أجورهنّ و له استيجارها سواء كانت فى حباله أو لا للأصل.

خلافا للمبسوط: إذا كانت فى حباله، لأنّه ملك بالنكاح الاستمتاع بها فى كلّ وقت على كلّ حال، و الإرضاع قد ينافيه، فله

بالنكاح منعها من إيفاء ما وجب عليها بالإجارة «۲». و يندفع بأنّ المانع من قبله، فإذا أسقطه سقط، و لمّا استأجرها للرضاع فقد أسقط حقّه من الاستمتاع بها فى الأوقات التى لا يمكنه مع الإرضاع، و هو أولى بالصحّة من أجير أذن له المؤجر فى الإجارة من غيره فى مدّة إجارته.

و إذا استأجرها أو غيرها للرضاع و أطلق كان لها أن ترضعه بنفسها و بغيرها لأنّها حينئذ إنّما استوجرت لتحصيل الرضاع، و الأصل عدم تعيّنها، و ربّما قيل بالتعيين لاختلاف المراضع فى الأحكام و الخواصّ، و شهادة العرف، و لا ـ سيّما إذا كانت المستأجرة أمّ الولد. و الحق الرجوع إلى العرف و غيره من القرائن، فإن استفيد التعيين منها تعيّنت.

و لو كان للولد مال كان لها الأجر منه و إن حيي الأب، لعدم وجوب نفقته حينئذ على الأب، و إن كان هو المأمور بالإيتاء للولاية إن كان و هى أحقّ من غيرها إذا تبرّعت أو طلبت مثل ما يطلبه الغير أو أقلّ، للإشفاق و موافقة اللبن و الأخبار و قوله تعالى «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» «۳» لكنّها تختصّ بالمطلّقات. و على قول المبسوط: لا أحقّيّة إذا طلبت الأجرة و هى فى حباله «۴».

فإن طلبت زيادة على ما تطلبه الغير كان للأب نزعه منها

---

(۱) الطلاق: ۶.

(۲) المبسوط: ج ۳ ص ۲۳۹.

(۳) الطلاق: ۶.

(۴) المبسوط: ج ۳ ص ۲۳۹.

و تسليمه إلى غيرها للأصل و الأخبار، و قوله تعالى «وَ إِنْ تَعاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرى» «۱». سواء كان ما طلبته الأمّ أجرة المثل أو أقلّ أو أزيد.

خلافا لبعض العامّة، فلم يجز النزع منها إن طلبت اجرة المثل «۲»، للاشفاق، و الموافقة، و قوله تعالى «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» «۳». و يدفعه التخصيص بالتعاسر «۴» مع ما سيأتى. و ربّما توهّم من عبارة السرائر «۵» الذهاب إليه.

بل لو تبرّعت الأجنبيّة بإرضاعه فإن رضيت الامّ بالتبرّع فهى أحق به و إلّا فلا و إن طلبت اجرة المثل أو أقلّ و إن لم يدخل فى التعاسر ظاهرا، و الأخبار، و إن شمله ظاهر «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» كما يتوهّم للأصل، و فهمه من فحوى حكم التعاسر بطريق الأولى فى كثير من الموارد.

خلافا لبعض العامّة إذا طلبت اجرة المثل أو أقلّ لظاهر الآية «۶». و يندفع بأنّها إنّما يفيد إيتاء الأجر إن أرضعن، لا إن أردن الإرضاع و نقول لا يرضعن إلّا برضاه.

و فى سقوط حقّ الامّ من الحضانة إذا استرضعت غيرها إشكال من مباينته لحقّ الإرضاع فلا يسقط بسقوطه، و هو اختيار السرائر «۷» و التحرير «۸» و الإرشاد «۹»، فتأتى المرضعة فترضعه عندها «۱۰» لو تعذّر حمل الصبىّ وقت الإرضاع، فإن تعذّر سقطت حضانتها. و من العسر، و إطلاق الأخبار بالأخذ أو النزع منها إذا لم ترض بما يرضى به الغير، و هو خيرة الشرائع «۱۱».

و لو ادّعى وجود متبرّعة بالإرضاع و أنكرت، صدّق مع اليمين كما فى المبسوط «۱۲» لأنّه يدفع وجوب الأجرة و التسليم إلى الأمّ عنه

---

(١) الطلاق: ۶.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٣١٢- ٣١٣.

(٣) الطلاق: ۶.

(۴) فى المطبوع: بالتفاسير.

(۵) انظر السرائر: ج ٢، ص ۴٧٢.

(۶) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٣١٢.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ۶۵٢.

(٨) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۴٣ س ٣١.

(٩) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ۴٠.

(١٠) فى النسختين: و لو.

(١١) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣۴۵.

(١٢) المبسوط: ج ۶ ص ٣٨، و ليس فيه: «مع اليمين».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۵۴٨

و الأصل عدمه، و استشكل فيه فى التحرير «١» و الشرائع «٢»، لأنّ الأمّ أحقّ بالولد و هو يريد انتزاعه منها، و الأصل الأحقّيّة. و لأنّ وجود المتبرّعة ممّا يمكن إقامة البيّنة عليه.

و نهاية مدّة الرضاع فى الأصل حولان لقوله تعالى:

«وَ الْوالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضاعَةَ» «٣». و قد ورد فى تفسير «لارضاع بعد فطام»: أنّه الحولان.

و لا يجوز نقصه عن أحد و عشرين شهرا لغير ضرورة بالاتفاق، كما يظهر، لقول الصادق عليه السّلام فى خبر سماعة: الرضاع أحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور على الصبى «۴». و نحوه قول «۵» الرضا عليه السّلام فى خبر سعد بن سعد «۶».

و يجوز النقص عن الحولين إن لم يمنع منه الحاجة، لقوله تعالى: «فَإِنْ أَرادا فِصالًا عَنْ تَراضٍ مِنْهُما وَ تَشاوُرٍ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما» «٧».

و يجوز إليها أى إلى أحد و عشرين شهرا للخبرين، و قوله تعالى:

«وَ حَمْلُهُ وَ فِصالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً» «٨».

و يجوز الزيادة على الحولين و إن لم يؤدّ إليها الحاجة، لخبر سعد بن سعد سأل الرضا عليه السّلام هل يرضع الصبىّ أكثر من سنتين؟ قال: عامين، قال:

قلت: فإن زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شىء؟ قال: لا «٩».

و أمّا التقييد بشهر و اثنين فهو مشهور، و يقال: إنّه مروىّ، و لكن لا يجب على الأب أجرة الزائد عن الحولين لصحيح الحلبى «١٠»

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۴٣ س ٢٨- ٢٩.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣۴۵.

(۳) البقرة: ۲۳۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۷۷ ب ۷۰ من أبواب أحكام الأولاد ح ۵.

(۵) فی ن: بدل «قول»: عن.

(۶) المصدر السابق ح ۴.

(۷) البقرة: ۲۳۳.

(۸) الأحقاف: ۱۵.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۷۷ ب ۷۰ من أبواب أحكام الأولاد ح ۴.

(۱۰) المصدر السابق ح ۱.

و حسنه «۱» عن الصادق عليه السّلام: ليس للمرأة أن تأخذ فی رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين.

لكن الأصول يقتضی أن يجب عليه الأجرة إن اضطرّ الطفل إليه و كان معسرا، لوجوب نفقته عليه مع انحصارها حينئذ فی الرضاع، و كذا إن كان موسرا كان لها أخذ الأجرة من ماله.

[الفصل الرابع فی الحضانة]

الفصل الرابع فی الحضانة و هی بالفتح و الكسر ولاية و سلطنة علی تربية الطفل و أصله الحفظ و الصيانة كما فی المقاييس «۲».

أو من الحضن و هو ما دون الإبط إلی الكشح كما فی العين «۳» و غيره، يقال: حضن الطائر بيضته، يحضنه إذا ضمّه إلی نفسه، و لا إشكال فی أمرها إذا لم يفترق الزوجان بطلاق أو غيره.

فإذا افترق الزوجان فإن كان الولد بالغا رشيدا تخيّر فی الانضمام إلی من شاء منهما و من غيرهما و التفرّد، ذكرا كان أو أنثی لأنّ الولاية خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا فی موضع اليقين، و لأنّها إنّما يثبت لضعف المولّی عليه و نقصه، فإذا كمل فلا جهة للولاية عليه، فلا عبرة بإطلاق بعض الأخبار ما يوهم عموم ولاية الحضانة.

و إن كان صغيرا كانت الأمّ الحرّة المسلمة العاقلة أحقّ به مدّة الرضاع و هی حولان كملا إن كان ذكرا و كانت هی المرضعة له أو مطلقا علی ما تقدّم من الوجهين. و يصير الأب بعد ذلك أحقّ بأخذه منها للأخبار الناطقة بالحكمين.

أمّا أخبار الأحقّيّة مدّة الرضاع فكثيرة جدّا، و أمّا أحقّيّة الأب بعد ذلك فلقول

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۷۷ ب ۷۰ من أبواب أحكام الأولاد، ح ۳.

(۲) مقاييس اللغة: ج ۲ ص ۷۳ (مادّة حضن).

(۳) العين: ج ۳ ص ۱۰۵ (مادة حضن).

الصادق عليه السّلام فی خبر داود بن الحصين: ما دام الولد فی الرضاع فهو بين الأبوين بالسويّة، فإذا فطم فالأب أحقّ به من الأمّ، فإذا مات الأب فالأمّ أحقّ به من العصبة «۱». و هو اختيار الأكثر، و حكی الإجماع عليه فی الغنية «۲».

و إن كانت أنثی أو خنثی علی الأقرب فی الخنثی استصحابا لولايتها عليها إلی أن يعلم المزيل، و لأنّها لاحتمال الأنوثيّة مستورة،

و الأب لا بدّ له من التبرّح «۳» كثيرا، فلا بدّ من تسليمها إلى الأمّ لئلّا يخلو عن وليّ يربّيها.

و يحتمل العدم لأنّ ولايتها ثبتت على خلاف الأصل فى الأنثى، و أنوثيّتها غير معلومة، فكذا الولاية عليها.

فالأمّ أحقّ بها إلى سبع سنين من حين الولادة لا من حين الفطام وفاقا للأكثر، لصحيح عبد اللّه بن جعفر عن أيّوب بن نوح قال: كتب إليه بعض أصحابه: أنّه كانت لى امرأة، ولى منها ولد، و خلّيت سبيلها، فكتب: المرأة أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلّا أن تشاء المرأة «۴». و إنّما حمل على الأنثى للجمع بينه و بين خبر داود «۵». و حكى عليه الإجماع فى الغنية «۶»، و خصّه الشيخ فى الخلاف «۷» و المبسوط «۸» و أبو على «۹» و القاضى فى المهذّب «۱۰» بالذكر جمعا بينه و بين ما سيذكر.

و قيل فى المقنعة «۱۱» و المراسم «۱۲» و المهذّب «۱۳»: أنّها أحقّ بها إلى

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۹۰ ب ۸۱ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

(۲) الغنية: ص ۳۸۷.

(۳) فى ن: التبرّج.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۹۲ ب ۸۱ من أبواب أحكام الأولاد، ح ۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۹۰ ب ۸۱ من أبواب أحكام الأولاد، ح ۱.

(۶) الغنية: ص ۳۸۷.

(۷) الخلاف: ج ۵ ص ۱۳۱ المسألة ۳۶.

(۸) المبسوط: ج ۶ ص ۳۹.

(۹) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ص ۵۷۷ س ۲۸.

(۱۰) المهذّب: ج ۲ ص ۲۶۲.

(۱۱) المقنعة: ص ۵۳۱.

(۱۲) المراسم: ص ۱۶۴.

(۱۳) المهذّب: ج ۲ ص ۲۶۲.

تسع سنين، و لم أقف على مستنده، إلّا أن يقال: إنّها لمّا كانت مستورة و لا بدّ للأب من التبرّح «۱» كثيرا لم يكن لها بدّ من وليّ يربّيها إلى البلوغ، و حدّه تسع سنين.

أو إنّا نستصحب الولاية فيها، و إنّما خرجت عن الولاية على الذكر قبل البلوغ للخبر السابق، و هو و إن كان مطلقا إلّا أنّ الأليق بالذكر ولاية الأب عليه إذا بلغ سبعا، و الأنثى بخلافه، إذ بلوغ السبع وقت التأديب و التربية لهما، و تأديبه أليق بالأب و تربيتها بالأمّ.

و قيل فى المقنع «۲»: ما لم تتزوّج الامّ و هو المحكيّ عن أبى عليّ «۳»، لخبر سليمان بن داود المنقرى عن حفص بن غياث أو غيره سأل الصادق عليه السّلام عن رجل طلّق امرأته و بينهما ولد أيّهما أحقّ به؟ قال: المرأة ما لم تتزوّج «۴».

و يمكن حمل الخبر و كلامى الصدوق و أبى على على ما قبل البلوغ كما يقتضيه الأصول، كما هو صريح الخلاف. «۵»، فيوافق القول بالانتهاء إلى تسع سنين على القول بالبلوغ بها ثمّ يصير الأب أولى بها إن لم تبلغ و ترشد بالتسع.

و أمّا اشتراط الحرّيّة و الإسلام و العقل فى الأمّ فلأنّها بانتفاء أحدها يخرج عن أهليّة الولاية، لأنّ الأمة مملوكة المنافع لغيرها فلا

تفرغ للاشتغال بتربية الولد، و إن أذن المولى فإنّ له الرجوع كلّما أراد، فربّما تضرّر به الولد، و لفحوى ما دلّ على اشتراط الحرّيّة فى الأب كما سيظهر.

و لا سبيل للكافرة على الولد المسلم، و ربّما ضلّ بصحبتها و تأدّب بآدابها.

و لا بدّ للمجنونة ممّن يحضنها على أنّ الأولى اشتراط الأمانة فيها كما اعتبره الشيخ «۶» و جماعة، و لا أمانة لكافرة و لا مجنونة.

---

(۱) فى ن: التبرّج.

(۲) حكاه عنهما فى مختلف الشيعة: ص ۵۷۷ س ۲۸.

(۳) حكاه عنهما فى مختلف الشيعة: ص ۵۷۷ س ۲۸.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۹۱ ب ۸۱ من أبواب أحكام الأولاد ح ۴.

(۵) الخلاف: ج ۵ ص ۱۳۱ المسألة ۳۶.

(۶) المبسوط: ج ۶ ص ۴۰.

هذا الذى ذكر من أحقّيّة الأمّ فى مدّة الرضاع و بعدها إذا لم تتزوّج الأمّ فإن تزوّجت سقطت حضانتها عن الذكر و الأنثى، و يصير الأب أولى إن كان، للإجماع و الأخبار، و لأنّها بالتزوّج صارت مملوكة الاستمتاع كلّ حين على كلّ حال، و هو يخلّ بإيفاء حقّ الحضانة.

و أجرى القاضى فى المهذّب أمّ الأمّ مجرى الامّ لدخولها فى الأمّ، فذكر: أن الامّ إن تزوّجت كانت الحضانة لأمّها إن كانت و لم تكن متزوّجة بغير جدّ الولد «۱» و هكذا. و نصّ فى المبسوط «۲» و الخلاف «۳» على أولويّة الأب من أمّ الأمّ، و هو الموافق للأصل.

فإن طلّقت الامّ عادت ولايتها لزوال المانع، خلافا لابن إدريس «۴» استصحابا. و العود من حين الطلاق إن كان بائنا، و إلّا فإنّما تعود بعد العدّة لبقاء علقة الزوجيّة قبلها، و كلام المبسوط «۵» يعطى العود بالطلاق.

فإن مات الأب فالأمّ أحقّ بالذكر و الأنثى من كلّ أحد: وصيّا كان أو غيره قريبا كان أو غيره إلى أن يبلغا لأنّها أشفق و أرفق «وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتابِ اللّٰهِ» «۶».

و لصحيح ابن أبى عمير أرسل عن زرارة أنّه سأل الباقر عليه السّلام عن رجل مات و ترك امرأة و معها منه ولد فألقته على خادم لها فأرضعته ثمّ جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصيّ، فقال: لها أجر مثلها، و ليس للوصيّ أن يخرجه من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله «۷».

و لقول الصادق عليه السّلام فى خبر داود بن الحصين: فإذا مات الأب فالأمّ أحقّ به

---

(۱) المهذّب: ج ۲ ص ۳۵۳.

(۲) المبسوط: ج ۶ ص ۴۲.

(۳) الخلاف: ج ۵ ص ۱۳۶ المسألة ۴۵.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۵۱.

(۵) المبسوط: ج ۶ ص ۴۱.

(۶) الأنفال: ۷۵.

(۷) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۰۶ ح ۳۵۶.

من العصبة «۱». و ظاهر الإطلاق منه و من غيره أنّه لا يسقط هنا بالتزوّج كما صرّح به في التلخيص «۲» و الإرشاد «۳»، و هو الوجه لإطلاق الأدلّة هنا من غير معارض، و به ما دلّ على السقوط بالتزوّج- كما سمعته- إنّما هو عند وجود الأب، و الاشتغال بحقوق الزوج لا يكفي بمجرده للإسقاط.

و كذا الأمّ الحرّة المسلمة أولى من الأب المملوك أو الكافر و إن تزوّجت بغيره إلى أن يبلغا لانتفاء الأهليّة عنهما. و لقول الصادق عليه السّلام في صحيح الفضيل: أيّما امرأة حرّة تزوّجت عبدا فولدت منه أولادا فهي أحقّ بولدها منه و هم أحرار، فإذا أعتق الرجل فهو أحقّ بولده منها لموضع الأب «۴». و في خبر داود الرقّيّ: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوّجت حتّى يعتق، هي أحقّ بولدها منه ما دام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحقّ بهم منها «۵».

فإن أعتق الأب أو أسلم فكالحرّ المسلم و عليه يحمل الخبران.

و لو فقد الأبوان فالجدّ للأب أولى وفاقا لابن إدريس «۶» و المحقّق «۷»، فإنّ أصل الحضانة للأب، لأنّ له الولد انتقلت عنه إلى الأمّ مع وجودها، بالنصّ «۸» و الإجماع، فإذا انتفيا انتقلت عنه إلى أب الأب لأنّه أب و مشارك للأب في كون الولد له و له الولاية عليه في المال و غيره، فكذا في الحضانة، و لا يرد أنّ أمّ الأمّ و أمّ الأب تسمّيان بالأمّ، فيشملهما ما دلّ على حضانة الأمّ، لأنّها لما خالفت الأصل اقتصرنا فيها على اليقين.

فإن فقد الجدّ للأب فللأقارب الحضانة على مراتب الإرث

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۹۰ ب ۸۱ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

(۲) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ۳۸ ص ۴۹۰.

(۳) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۴۰.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۸۱ ب ۷۳ من أبواب أحكام الأولاد ح ۱.

(۵) المصدر السابق: ح ۲.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۶۵۴.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۴۶.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۱۹۰ ب ۸۱ من أبواب أحكام الأولاد، ح ۱.

وفاقا للشيخ «۱»، و بني: الجنيد «۲» و البرّاج «۳» و حمزة «۴» و سعيد «۵»، لأنّ الإرث أو زيادته يدلّ على الأقربيّة كما نبّه عليه قوله تعالى «آبٰاؤُكُمْ وَ أَبْنٰاؤُكُمْ لٰا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعاً» «۶». و لقوله تعالى «وَ أُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ» «۷»، و تردّد فيه المحقّق «۸» لعدم النصّ، و منع أنّ الإرث أو زيادته يفيد الأولويّة في الحضانة، و لا دلالة لآية: «اولى الأرحام» إلّا على أنّهم أولى من غيرهم و هو لا يجدى.

و الأخت من الأبوين أو من الأب، أولى من الأخت من الامّ وفاقا للخلاف «۹» مع التساوي في الدرجة إمّا لزيادة القرب و هي في الأولى للانتساب من الطرفين أو لكثرة النصيب و هي فيهما.

و استشكل فى الشرائع «١٠» أوّلا فى استحقاقهنّ الحضانة، لعدم الورود بها إلّا فى الأبوين و عدم نصوصيّة آية: «و اولى الأرحام» فى مثلها، ثمّ فى الترجيح للاشتراك فى أصل الإرث و إن زاد نصيب إحداهما مع تساوى الأخت للأب خاصة و الأخت للأمّ فى القرب، و لذا حكم فى المبسوط أوّلا بأولويّة الأخت للأب، ثمّ قوّى القرعة «١١».

و كذا أمّ الأب أولى من أمّ الأمّ مع التساوى فى الدرجة لكثرة النصيب مع كون الأب أحقّ فى الأصل، فكذا المنتسب به. و يحتمل القرعة للتساوى فى الدرجة إن قلنا بأصل الاستحقاق للدخول فى مفهوم الامّ.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ ه‍ ق

و الجدّة أولى من الأخوات وفاقا للخلاف «١٢» لأنّها أمّ و فى

---

(١) المبسوط: ج ٦ ص ٤٣.

(٢) انظر مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣١٠.

(٣) المهذّب: ج ٢ ص ٣٥٣.

(٤) الوسيلة: ص ٢٨٨.

(٥) الجامع للشرائع: ص ٤٦٠.

(٦) النساء: ١١.

(٧) الأنفال: ٧٥.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٤٦.

(٩) الخلاف: ج ٥ ص ١٣٤ المسألة ٤١.

(١٠) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣٤٦.

(١١) المبسوط: ج ٦ ص ٤٢.

(١٢) الخلاف: ج ٥ ص ١٣٥ المسألة ٤٢.

المبسوط: إنّهما سواء و يقرع بينهما «١». و للشافعى قول بترجيح الأخت لأنّها ركضت مع المولود فى رحم «٢» أو صلب. و فى أصل استحقاق كلّ منهما نظر، لخروجهما عن ظواهر النصوص، و إن قيل للجدّة أمّ.

و تتساوى العمّة و الخالة كما فى المبسوط «٣» و الخلاف «٤» على إشكال من التساوى فى الدرجة. و من كثرة نصيب العمّة. و من حكم النبىّ صلّى اللّه عليه و آله بابنة حمزة لخالتها و قد طالب بها أمير المؤمنين عليه السّلام و جعفر لكونها ابنة عمّهما.

و قال أمير المؤمنين عليه السّلام: إنّ عندى ابنة رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و هى أحقّ بها، فقال: صلّى اللّه عليه و آله: ادفعوها إلى خالتها فإنّ الخالة أمّ «٥». و هو اختيار الجامع «٦».

ففى المسألة وجوه ثلاثة، و لكنّ المصنّف لم يستشكل فى المسألة المتقدّمة فى ترجيح الأكثر نصيبا، فالمناسب لذلك أن يكون

استشكاله هنا للتردّد فى ترجيح أيّتهما، لتعارض الوجهين، و الحكم بالتساوى أيضا لذلك مع التساوى فى الدرجة لا مجرّد التساوى فيها «٧».

و لو تعدّد المتساوون أقرع بينهم إن تشاحّوا. و أنكر ابن إدريس ثبوت الحضانة لغير الأبوين و الجدّ للأب «٨»، و هو قوىّ للأصل، و خلوّ النصوص عندنا عن غير الأبوين، و أمّا الجدّ للأب فله الولاية بالأصالة. و شدّد النكير عليه فى المختلف و قال: إنّ الحاجة ماسّة إلى تربيته و حضانته، فلو لم يكن القريب أولى بكفالته لزم تضييعه، و ولاية الجدّ للأب فى المال لا يستلزم أولويّته فى الحضانة، فإنّه لو اعتبر ولاية المال كان الأب أحقّ من الامّ، و الجدّ مع عدم الأب أولى منها، و ليس كذلك بالإجماع «٩».

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ۴۲.

(٢) المجموع: ج ١٨ ص ٣٢۶.

(٣) المبسوط: ج ۶ ص ۴۲.

(۴) الخلاف: ج ۵ ص ١٣۶ المسألة ۴٧.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ١٨٢ ب ٧٣ من أبواب أحكام الأولاد ح ۴.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۶٠.

(٧) لم يرد: «فيها» فى ن.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ۶۵۴.

(٩) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣١۴.

و قال المفيد: فإن مات الأب قامت امّه مقامه فى كفالة الولد، فإن لم يكن له أمّ و كان له أب قام مقامه فى ذلك، فإن لم يكن له أب و لا- أمّ كانت الأمّ التى هى الجدّة أحقّ به من البعداء «١». و لم يتعرّض لغير ذلك. و قدّم أبو على «٢» و القاضى فى المهذّب «٣»: أمّ الأمّ، ثمّ أبا الأب.

و لو كانت الأمّ كافرة أو مملوكة فالأب المسلم أو الحرّ أولى بل الأب المسلم الحرّ، و إنّما أتى ب «أو» لفرض المسألة كذلك، و لو كانا كافرين كانت الأمّ أولى، إلّا أن يصف الولد الإسلام فينزع عنهما لئلّا يفتناه. و لو كان أحدهما ذمّيّا و الآخر و ثنيّا كان الذمّىّ أولى. و لو كانا مملوكين فلا حضانة لهما على الحرّ و لا على المملوك، بل أمره إلى سيّده، لكن الأولى به أن يقرّه مع الامّ. و كذا إن كان مملوكا و الأبوان حرّين أو أحدهما، و من لم يكمل حرّيّته من الأبوين فكالقنّ، و الولد المبعّض يتبعّض حضانته بين السيّد و غيره.

و لا حضانة للمجنونة و لا المجنون مطبقا أو لا لما عرف.

و الأقرب عدم اشتراط عدالتها و لا عدالته، و إنّما خصّها لما عرفت:

من أنّ الولد للأب.

فالمهمّ بيان أنّه: هل ينتزع منه و يدفع إلى الأمّ بدون العدالة؟ و وجه القرب إطلاق الأدلّة، و عموم الإشفاق.

و يحتمل الاشتراط كما فى المبسوط «۴» و التحرير «۵» و الجامع «۶» و الوسيلة «٧»، لأنّها أمانة لا يليق بالفاسق، و لأنّه ربّما فتنة إن كان مميّزا، و لا شبهة فى اشتراط الأمانة فيما يتعلّق بالحضانة و التربية.

و مهما امتنع الأولى أو غاب انتقل حقّ الحضانة إلى البعيد أن

(۱) المقنعة: ص ۵۳۱.

(۲) لم نعثر عليه.

(۳) انظر المهذّب: ج ۲ ص ۳۵۳.

(۴) المبسوط: ج ۶ ص ۴۰.

(۵) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۴ س ۱۵.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۶۰.

(۷) الوسيلة: ص ۲۸۸.

حضن، و إلّا لم يجبر عليه، لعدم الدليل، و عليه يحمل إطلاقه كغيره.

فإن عاد رجع حقّه لزوال المانع. و في المبسوط: إن سافر أحد الأبوين دون الآخر إلى ما دون مسافة القصر فهو في حكم الحاضر، و إن سافر إليها فالأب أحقّ بكلّ حال. و قال قوم: إن انتقل الأب فالأمّ أحقّ، و إن انتقلت الامّ من قرية إلى بلد فهي أحقّ، و إن عكست فهو أحقّ لسقوط التعليم في القرى، قال: و هو قويّ «۱». و الأولى الفرق بين زمان التعليم و التأديب و ما قبله، و لعلّه المراد.

و يثبت الحضانة على المجنون البالغ للأب لأنّه كالطفل بل أولى بالحضانة، و لمّا كان الولد للأب كانت الحضانة له.

[المقصد الخامس في النفقات]

اشارة

المقصد الخامس في النفقات و أسبابها ثلاثة: النكاح، و القرابة، و الملك فهاهنا فصول ثلاثة:

[الفصل الأوّل: في النكاح و فيه مطالب]

اشارة

الأوّل: في النكاح و فيه مطالب ستّة:

[المطلب الأوّل: في الشرط]

الأوّل: في الشرط إنّما تجب النفقة بالعقد الدائم اتفاقا، و يعضده الأصل و الأخبار، و إنّما تجب مع التمكين التامّ و هو التخلية التامّة بينه و بين نفسها كلّ حين، و كلّ مكان يحلّ فيه ما يريده منها و يليق بها، و لا بدّ من القول بأن تقول: سلّمت إليك نفسي في كلّ زمان و مكان شئت، كما في التحرير «۲»، إن قلنا بكون التمكين التامّ شرط النفقة، إذ لا يتحقّق بدونه، إلّا أن يكتفى

بالتمكين مرّة مع الوثوق بالاستمرار عليه، أو بالوثوق و إن لم يحصل التمكين و إن بعد الفرض و لا حاجة إلى القول على القول الآخر.

(١) المبسوط: ج ۶ ص ۴٠.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۴۵ س ٣٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٧، ص: ۵۵٨

و لا تجب بالمتعة إجماعا و لا لغير الممكّنة من نفسها كلّ وقت فى أى موضع أراد إن كان لائقا بمثلها من كلّ استمتاع محلّل أراد.

فلو مكّنت قبلا و منعت غيره من الدبر أو سائر الاستمتاعات لا لعذر سقطت نفقتها كلّا أو بعضا كما مرّ، مع احتمال عدم السقوط أصلا.

و كذا لو مكّنته ليلا خاصّة أو نهارا خاصّة أو فى مكان دون آخر ممّا أى: وقت أو مكان يجوز فيه الاستمتاع سقطت كلّا، كما أنّ البائع إذا قال: أسلّم السلعة على أن تتركها فى مكان بعينه لم يكن تسليما يستحقّ به العوض.

و هل تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز حتّى يكون النشوز مسقطا لها أو إنّما تجب بالتمكين؟ فيه إشكال من عموم أدلّة الوجوب كقوله تعالى: «وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ» «١»، و قوله «ذٰلِكَ أَدْنىٰ أَلّٰا تَعُولُوا» «٢»، و قوله «الرِّجٰالُ قَوّٰامُونَ عَلَى النِّسٰاءِ بِمٰا فَضَّلَ اللّٰهُ بَعْضَهُمْ عَلىٰ بَعْضٍ وَ بِمٰا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوٰالِهِمْ» «٣»، و الأخبار «۴». و من الأصل، و ما روى: أنّه صلّى اللّه عليه و آله تزوّج و دخل بعد سنين و لم ينفق «۵»، و ما روى عنه صلّى اللّه عليه و آله: من قوله: اتّقوا اللّه فى النساء فإنّهنّ عوارى عندكم، اتّخذتموهنّ بأمانة اللّه و استحللتم فروجهنّ بكلمة اللّه، و لهنّ عليكم رزقهنّ و كسوتهنّ بالمعروف «۶». فإنّه عليه السّلام أوجب لهنّ الرزق و الكسوة إذا كنّ عندهم، و إنّ العقد يوجب المهر عوضا فلا يوجب عوضا آخر، و إنّ النفقة مجهولة، و العقد لا يوجب مالا مجهولا، و هو الأظهر، و إن ضعفت أدلّته غير الأصل فهو يكفينا، فإنّ أدلّة الوجوب مجملة فيقتصر من مدلولها على موضع اليقين.

فلو تنازعا فى النشوز، فعليه بيّنة النشوز على الأوّل لأنّ الأصل معها، و هو وجوب النفقة و انتفاء المانع.

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النساء: ٣۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٢٣- ٢٢۶ ب ١ من أبواب النفقات.

(۵) لم نعثر عليه.

(۶) مشكل الآثار: ج ٣ ص ٢١٢، مع اختلاف.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٧، ص: ۵۵٩

و على الثانى عليها إقامة البيّنة بالتمكين لأنّ الأصل معه، فهذه واحدة من ثمرات الخلاف.

و من ثمراته: أنّه لو لم يدخل و مضت مدّة استحقّ النفقة فيها على الأوّل إن كانت ساكتة، إذ لا نشوز، دون الثانى كما فى المبسوط «١» إذ لا تمكين و لا وثوق بحصوله لو طلبه بخلاف ما إذا صرّحت بالتمكين التامّ و لم تلفظ و لا فعلت ما ينافيه، و

بخلاف ما لو دخل و لم يطرأ ما ينافى التمكين، لحصول التمكين فى الأوّل و الوثوق فى الثانى، و فيه تنبيه على الاكتفاء بالتمكين مرّة مع الوثوق.

و منها: أنّه لو كان غائبا فإن كانت قد مكّنت قبل و لم يطرأ ما يعارضه استحقّت النفقة زمن الغيبة على القولين، لحصول المقتضى و انتفاء المانع.

و إن غاب قبل التمكين الفعلى و هو الدخول المستلزم للوثوق بالتمكين التامّ أو قبل التمكين القولى، أو المراد به الوثوق، بالقول كان أو بغيره فحضرت عند الحاكم و بذلت التمكين و جعلناه شرطا أو سببا كان الحكم ما فى المبسوط «۲»: من أنّه لم تجب النفقة إلّا بعد إعلامه و وصوله أو وصول وكيله للقبض «۳»، فيجب النفقة من حين القبض.

و لو اعلم فلم يبادر بنفسه و لم ينفذ وكيلا سقط عنه الإنفاق قدر وصوله و الزم بما زاد أى: بنفقته، و كذا الحال لو أعلمت الزوج بالتمكين من غير حضور عند الحاكم، و أمّا على القول الأوّل فهى مستحقّة للنفقة بالعقد، فلا تتفرّع عليه هذه الأحكام.

و أمّا لو نشزت قبل الغيبة و عادت إلى الطاعة فعلى القولين لم تجب النفقة حتّى يعلم الزوج و ينقضى زمان يمكنه الوصول إليها

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۱۱.

(۲) المبسوط: ج ۶ ص ۱۲.

(۳) فى المطبوع: «قبل القبض» مع زيادة: للقبض، خ ل.

أو يمكن وكيله. و لو ارتدّت سقطت النفقة، فإن غاب و أسلمت فى غيبته عادت نفقتها عند إسلامها لا بعد العلم و مضىّ زمان الوصول كما فى النشوز، و إن كانت الردّة كالنشوز بل أقوى لوجود التمكين هنا فى الردّة، و إنّما الردّة مانعة من وجوب النفقة، فإذا زالت عاد الوجوب.

بخلاف الأوّل فإنّه لا تمكين فيه، و النفقة بإزاء التمكين و التسليم، فلا تعود إلّا بعود التسليم كذا فى المبسوط «۱» و غيره.

و فيه: أنّه لا تمكين مع الردّة، فإنّ التمكين هو التسليم، و لا تسليم إذا لم يمكن التسلّم، و كان المانع من جهة المسلّم.

و تستحقّ النفقة الزوجة المسلمة و الكتابيّة و الحرّة و الأمة إذا أرسلها إليه مولاها ليلا و نهارا لعموم الأدلّة، بخلاف ما إذا لم يرسل الأمة إلّا ليلا أو نهارا كما تقدّم، لعدم التمكين التامّ، لأنّها لكونها أمة ليست أهلا للاستقلال فى التمكين لملك المولى منافعها إلّا ما ملكه منها الزوج و هو الاستمتاع، فلا عبرة إلّا بتمكين المولى، بخلاف ما إذا منع الأب أو غيره الحرّة البالغة من زوجها فإنّه لا عبرة به. و لا يسقط نفقتها إذا كانت ممكّنة، لأنّها مالكة لنفسها، فهى مستقلّة بالتمكين.

و يؤيّد «۲» ذلك: أنّه لا نفقة للأمة إلّا من مال المولى، فإن أراد إسقاطها عن نفسه لزمه التسليم الكامل، فإذا لم يفعل لزمته النفقة، بخلاف الحرّة فربّما تنفق على نفسها من مالها. و جواز منع المولى للأمة نهارا [لما تقدّم] «۳»: من بقاء حقّ الخدمة له لا يستلزم أن يكون التمكين التامّ بالنسبة إليها هو التمكين ليلا ليلزم به النفقة، فإنّ الإجماع منعقد على أنّه لا نفقة لها بانتفاء التمكين التامّ، مع تفسيره بالتمكين كلّ حين فى كلّ مكان.

و قد يقال: إنّما انعقد الإجماع على سقوط النفقة بالنشوز، و لا نشوز هنا،

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۱۸.

(۲) فى ن بدل «و يؤيّد» و يؤكّد.

(۳) لم ترد فی ن.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۷، ص: ۵۶۱

لوجوب إطاعة المولی، کما لا نشوز بالامتناع للحیض و نحوه.

و یدفعه أنّ الأصل البراءة، إلّا فیما أجمع فیه علی الوجوب، و لا إجماع هنا، بخلاف الحائض و نحوها.

و لو کانت صغیرة یحرم وطؤها لم یجب النفقة، و إن کان الزوج صغیرا لا یحرم علیه الاستمتاع أو لا یریده منها لتکون کالناشزة «۱» فإنّ الاستمتاع بالصغیرة لا یکون إلّا بغیر الوطء، و هو استمتاع نادر لا عبرة به إذ لیس مقصودا بالذات، و صغر الزوج بحیث لا یرید الاستمتاع لا یفید علی القول بکون التمکین شرطا أو سببا لوجوب النفقة، لصدق انتفائه، و لا یفید تمکینها من الوطء و إن حرم، أو کان الزوج صغیرا یمکنه الوطء، و لا یحرم علیه، فإنّه تمکین غیر مقصود شرعا.

و الفرق بینها و بین الحائض أنّ الحائض أهل للاستمتاع بالذات، و إنّما المانع أمر طار بخلافها، و أنّها لیست أهلا للتمکین، لصغرها و نقصها، و لا عبرة بتسلیم الولیّ، لأنّها لیست مالا، بخلاف الحائض فإنّها مسلّمة لنفسها تسلیما معتبرا لکمالها، و الإجماع علی استثناء زمن الحیض و نحوه، فالتمکین التامّ فی الشرع هو: التمکین فی غیر هذه الأحوال، بخلاف حال الصغر فإنّ استثناءه غیر معلوم، و الأصل البراءة من النفقة.

و ذهب ابن إدریس «۲» إلی استحقاقها النفقة، بناء علی أنّها لا یسقط إلّا بالنشوز، و لا نشوز هنا، إلّا إذا کان الزوج أیضا صغیرا فلا نفقة لها، إذ لا یجب علی الصغیر شیء، و لا عبرة بتسلّمه، و تسلّم الولیّ لا عبرة به، فإنّ تسلّم الزوجة منوط بالشهوة، و «۳» لأنّه لا شهوة للصغیر، فلا استمتاع له بوجه، فالمراد به البالغ فی الصغر إلی حدّ لا یتلذّذ بالاستمتاع، أو لأنّ امتناع الاستمتاع فیه أشدّ، لوجود المانع من الطرفین، و لذا «۴» یقال: إنّ عدم الوجوب هنا أولی منه إذا کان الصغیر

---

(۱) فی ن: لیکون کالناشز.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۶۵۵.

(۳) فی ن: بدل «و» أو.

(۴) فی ن: بدل «و لذا» و قد.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۷، ص: ۵۶۲

أحدهما و إن کان الأظهر أن یقول: «و إن کان الزوج کبیرا» لیکون إشارة إلی خلاف ابن إدریس، و غایة توجیه الکلام علی ما ذکره ما ذکرناه.

و لو کانت کبیرة و الزوج صغیرا قیل فی الخلاف «۱» و المبسوط «۲» و الجامع «۳» و المهذّب «۴»: لا نفقة لها و إن مکّنت، للأصل، مع انتفاء التمکین بانتفاء التمکّن.

و الوجه وفاقا لابنی: الجنید «۵» و إدریس «۶» و المحقّق «۷» ثبوتها لتحقّق التمکین من طرفها و إنّما یعتبر فی استحقاق العوض التسلیم من صاحب العوض الآخر، و إن لم یتسلّمه صاحب الأوّل مع عموم أدلّة الإنفاق، خرج ما إذا تحقّق النشوز أو فقد التمکین.

و فیه منع تحقّق التمکین، لما ذکرنا من أنّه لا یتحقّق بدون التمکّن، و منع عموم الأدلّة لما عرفت من إجمالها.

و لو کانت مریضة مرضا یضرّ بها الوطء، أو لا یمکن به وطؤها أو رتقاء أو قرناء، أو کان عظیم الذکر و هی ضعیفة عنه، أو کانت ضئیلة «۸» و هو عبل «۹» یضرّ وطؤها بها و إن لم یکن عظیم الآلة بالنسبة إلی غیره، و صدّقها الزوج فی جمیع ذلک فإنّه

يمنع من الوطء للأمر بالمعاشرة بالمعروف.

و تجب النفقة لظهور العذر منها و رضاه بها فقد قدم على التزوّج بمن يتعذّر الاستمتاع منها بالوطء، فكأنّه أسقط حقّه من التمكين من الوطء و رضى بما عداه فهو التمكين التامّ فى حقّه، و لأنّه إن لم تجب النفقة لها مع دوام عذرها لزم دوام الزوجيّة بلا نفقة و هو ضرر عظيم، و أيّام المرض كأيّام الحيض

---

(١) الخلاف: ج ۵ ص ١١٣ المسألة ۵.

(٢) المبسوط: ج ۶ ص ١٢- ١٣.

(٣) الجامع للشرائع: ص ۴٨٩.

(۴) المهذّب: ج ٢ ص ٣۴٧.

(۵) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٢١.

(۶) انظر السرائر: ج ٢ ص ۶۵۵.

(٧) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٣۴٨.

(٨) أى: الضعيفة النحيفة.

(٩) أى: القوىّ.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۵۶٣

فى ظهور العذر و رضاه لما تزوّج، فإنّ الإنسان لا ينفكّ عنه دائما، فاستثناؤها لا ينافى تماميّة التمكين.

و لو ادّعت قرحة فى فرجها يمنع الوطء أو نحوها افتقرت مع إنكاره إلى شهادة أربع من النساء و لو فرضت شهادة رجلين بذلك فالظاهر الحكم، و إن تعذّرت الشهادة أحلفته إن ادّعت عليه العلم.

و لو ادّعت كبر آلته و ضعفها عنها أمر النساء بالنظر إليهما وقت إرادة الجماع ليقفن عليه و هو جائز للحاجة و ربّما احتمل الاكتفاء بواحدة لأنّه إخبار، و ضعفه ظاهر.

[المطلب الثانى فى قدر النفقة]

المطلب الثانى فى قدر الواجب من النفقة و يجب فى النفقة أمور ثمانية:

الأوّل: الطعام و إنّما يجب منه سدّ الخلّة أى حاجتها بحسب حالها، و لعلّه يدخل فى ذلك اختلافها شرافة و وضاعة.

و لا يتقدّر بقدر وفاقا لابنى: الجنيد «١» و إدريس «٢» و المحقّق «٣» للأصل، و إطلاق الكتاب «۴». و السنّة. و خبر إسحاق بن عمّار: سأل الصادق عليه السّلام عن حقّ المرأة على زوجها، قال: يشبع بطنها و يكسو جثّتها «۵». و خبر شهاب بن عبد ربّه: سأله عليه السّلام عن ذلك، فقال: يسدّ جوعتها و يستر عورتها، و لا يقبّح لها وجها، و إذا فعل ذلك فقد- و اللّه- أدّى حقّها «۶».

و قيل فى الخلاف «٧»: قدره مدّ للرفيعة و الوضيعة من الموسر

---

(١) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٢٠.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ۶۵۵.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۴۹.
(۴) النساء: ۳۴. الطلاق: ۷.
(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۳ ب ۱ من أبواب النفقات ح ۳.
(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۶ ب ۲ من أبواب النفقات ح ۱.
(۷) الخلاف: ج ۵ ص ۱۱۲ المسألة ۳.

و المعسر لإجماع الفرقة و أخبارهم، و ما ادّعاه غير معلوم لنا. نعم في خبر شهاب بعد ما سمعته: و يقوتهنّ بالمدّ، فإنّي أقوت به نفسي و عيالي. و من البيّن أنّ المراد به الفضل.

و في المبسوط، مدّان من الموسر، و مدّ و نصف من المتوسّط، و مدّ من المعسر «۱»، و هو قول الشافعي «۲»، كما نصّ عليه في الخلاف «۳»، و لا دليل عليه عندنا.

و جنسه غالب قوت البلد كالبرّ في العراق و خراسان، و الأرز في طبرستان، و التمر في الحجاز، و الذرة في اليمن لأنّ شأن كلّ مطلق حمله على المعتاد، و لأنّه من المعاشرة بالمعروف بالنسبة إليهما، و إن اختلف الغالب باختلاف الناس اعتبر حالها بناء على ما تقدّم.

و في المبسوط: و يعتبر بغالب قوت أهل البلد، و ينظر إلى غالب قوته، فأوجب عليه كالإطعام في الكفّارات «۴».

و يحتمل أن يكون أراد به ما ذكره المصنّف بقوله: فإن لم يكن القوت الغالب، أي: لم يقدر عليه الزوج: إمّا لعدمه، أو عدم الوصلة إليه فما يليق بالزوج لأنّه لا تكلّف نفس إلّا وسعها. و لقوله تعالى «وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمّا آتاهُ اللّهُ» «۵» و لا حاجة إلى التقييد بأن لا يقدر على ما يليق بها، فإنّ ما يليق بها هو قوت البلد كما نبّهنا عليه.

الثاني: الإدام لتبادره مع الرزق و الدخول في المعاشرة بالمعروف.

و يجب فيه غالب أدم البلد جنسا و قدرا كالزيت في الشام و السمن في خراسان و الشيرج في العراق و الخلّ فيها و في غيرها.

و في المبسوط: أنّ عليه في الأسبوع اللحم مرّة، لأنّه هو العرف، و يكون يوم الجمعة، لأنّه عرف عامّ، و مقداره يرجع فيه إلى العرف، منهم من قدّره.

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۶.
(۲) المغني لابن قدامة: ج ۹ ص ۲۳۱.
(۳) الخلاف: ج ۵ ص ۱۱۲ المسألة ۳.
(۴) المبسوط: ج ۶ ص ۷.
(۵) الطلاق: ۷.

برطل، و منهم من زاد عليه بيسير «۱». و قال أبو علي: إنّ على المتوسّط أن يطعمها اللحم في كلّ ثلاثة أيّام «۲».

و لو كان عادتها أي عادة أمثالها دوام أكل اللحم وجب مع القدرة للدخول في ظاهر الرزق و المعروف حينئذ، و كذا لو اعتادته هي مع التضرّر بتركه و إن لم يكن الضرر إلّا بمخالفة العادة.

و في خبر شهاب عن الصادق عليه السّلام قلت: فالدهن، قال: غبّا يوم و يوم لا، قلت:

فاللحم، قال: فى كلّ ثلاثة فيكون فى الشهر عشر مرّات لا أكثر من ذلك، قلت:

فالصبغ، قال: و الصبغ فى كلّ ستّة أشهر- إلى أن قال:- و لا ينبغى أن يقفر بيته من ثلاثة أشياء: دهن الرأس، و الخلّ، و الزيت، قال: و لا يكون فاكهة عامّة إلّا أطعم عياله منها، و لا يدع أن يكون للعيد عندهم فضل من الطعام أن ينيلهم من ذلك شيئا لا ينيلهم فى سائر الأيّام «٣».

قلت: و من العيد الجمعة، فقد ورد فيها مثل ذلك.

و لو تبرّمت «۴» بجنس من الأدم فعليه السعى فى الأبدال لأنّه المعروف و لها أن تأخذ الأدم و الطعام و إن لم تأكل فإنّها تملكهما بالأخذ فلها التصرف فيهما كيف شاءت. و فى خبر شهاب: و ليقدّر لكلّ إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله، و إن شاء وهبه، و إن شاء تصدّق به «۵».

الثالث: نفقة الخادمة إن كانت من أهل الإخدام لشرف أو حاجة، و المرجع فيه إلى العرف، فإن كانت من أهل بيت كبير و لها شرف و ثروة لا يعجن مثلها و لا يطبخ و لا يكنس الدار و لا يغسل الثياب فعليه إخدامها و إن تواضعت

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ٧.

(٢) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٢٠.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٢۶ باب ٢ من أبواب النفقات ح ١.

(۴) تبرّمت أى: تضجّرت.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٢۶ ب ٢ من أبواب النفقات ح ١.

و انبسطت فى الخدمة بنفسها، و كذا إن كانت مريضة تحتاج إلى الإخدام لزم و إن لم تكن شريفة.

و إلّا بأن كانت بضدّ ذلك خدمت نفسها و إن تكبرت و ترفّعت و نفقة الخادمة من الطعام و الإدام معتبرة بما جرت به عادة الخدم فى البلد جنسا و كفايتها قدرا و التقدير للموسر بمدّ و ثلث، و للمعسر بمدّ لا عبرة به عندنا، و كذا الخلاف فى أنّ الإدام دون إدام الزوجة أو مثله.

و لو كانت الزوجة أمة تستحقّ الإخدام لجمالها أو حاجتها استحقّته لقضاء العادة به.

الرابع: الكسوة لها و لخادمها، و يجب فى كسوتها ما قضت العادة و الحاجة به من أربع قطع: قميص و سراويل و مقنعة و نعل أو شمشك، و لا يجب السروال فى الخادمة فى المبسوط: لأنّه للزينة، و يجب لها الخفّ، لاحتياجها إلى الدخول و الخروج فى حوائج الزوجة «١».

و يزيد فى الشتاء لهما الجبّة المحشوّة أو غيرها على حسب الحاجة و يرجع فى جنسه أى الكسوة، فإنّها الثوب إلى عادة أمثال المرأة و الخادم فإن كان أمثالها يعتاد القطن أو الكتّان وجب.

و كذا يجب ما اعتيد لأمثالها منهما من غليظ أو رقيق و إن كانت العادة لأمثالها الخزّ أو الإبريسم دائما أو فى وقت وجب، و إذا كانت من ذوى التجمّل وجب لها زيادة على ثياب البذلة ثياب التجمّل بنسبة حالها إلى حال أمثالها و أمّا تعديل أشياء بخصوصها كما فى كتب العامّة «٢» فهو من التمثيل. و قول الصادق عليه السّلام فى خبر شهاب: «و يكسوها فى كلّ سنة أربعة أثواب: ثوبين للشتاء و ثوبين للصيف» «٣» محمول على العادة، أو خروج المقنعة عن الثوب كالعمامة، و أمّا نحو النعل فخروجه ظاهر.

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۸.
(۲) المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۲۳۶.
(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۷ ب ۲ من أبواب النفقات ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۵۶۷

الخامس: الفراش و هو يدخل فى عموم الإنفاق و المعاشرة بالمعروف، و يدخل بعضه فى الكسوة.

و يجب لها حصير و نحوه فى الصيف و الشتاء، فإن كانت متجمّلة بالزلية و البساط غيرها وجب لها ذلك ليلا و نهارا، و يجب لها ملحفة و هى الملاءة و هى الربطة ذات لفقين و لحاف و هو كلّ ثوب يتغطّى به فى الشتاء و مضربة أى بساط مخيط و مخدّة و يرجع فى جنس جميع ذلك إلى عادة أمثالها فى البلد.

قال فى المبسوط: و أمّا الفراش و الوسادة و اللحاف و ما ينام فيه قال قوم:

يجعل لها فراش و وسادة من غليظ البصرىّ و لحاف منه. و قال قوم: الفراش الذى تجلس عليه نهارا هو الذى تنام عليه ليلا مثل لبد أو زلية، فأمّا مضربة محشوّة فلا، لأنّ العرف هذا، و الأوّل أقوى لأنّه العرف و العادة، و يكون لها لحاف محشوّ و قطيفة، و أمّا خادمها فلها و سادة و كساء تتغطّى به دون الفراش. هذا فى امرأة الموسر، فأمّا امرأة المعسر فدون هذا، و يعطيها كساء تتغطّى به، و لخادمها عباءة أو كساءة غليظة تنام فيه أو فروة «۱» انتهى.

السادس: آلة الطبخ و الشرب أى تهيئتها لها لا تمليكها مثل كوز و جرّة و قدر و مغرفة، إمّا من خشب، أو حجر، أو خزف، أو صفر بحسب و جرّة و قدر و مغرفة، إمّا من خشب، أو حجر، أو خزف، أو صفر بحسب عادة أمثالها و حاجتها فى آلات الشرب، و أمّا آلة الطبخ فلعلّها لا يقضى العادة فيها بشىء.

السابع: آلة التنظيف لكونها من المعروف و من تمام النفقة و هى المشط و الدهن و قد سمعت خبر شهاب «۲» المتضمّن للدهن.

و لا يجب الكحل و الطيب لانتفاء الضرورة إليهما عادة و يجب المزيل للصنان و هو ذفر الإبط و نحوه، لأنّه أهمّ من آلة التنظيف و له منعها

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۹.
(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۶ ب ۲ من أبواب النفقات ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۵۶۸

من أكل الثوم و البصل و كلّ ذى رائحة كريهة لحصول النفرة المانعة من الاستمتاع أو كماله و من تناول السمّ و الأطعمة الممرضة لأنّه من النهى عن المنكر، و للزوم فوت البضع المملوك له بتناولها.

و لا تستحقّ عليه الدواء للمرض و لا أجرة الحجامة و الفصد و الطبيب و لا اجرة الحمّام [لعدم الدليل] «۱» إلّا مع البرد المانع من الاغتسال و التنظيف إلّا فيه.

قال فى المبسوط: و شبّه الفقهاء الزوج بالمكترى و الزوجة بالمكرى دارا، فما كان من تنظيف كالرشّ و الكنس و تنقية الآبار و الخلاء فعلى المكترى لأنّه يراد بالتنظيف، و ما كان من حفظ البنية كبناء الحائط أو تغيير جذع انكسر فعلى المكرى لأنّه الأصل، و كذلك الزوج ما يحتاج إليه للنظافة و ترجيل الشعر فعليه، و ما كان من الأشياء التى تراد لحفظ الأصل و البنية كالفصد و الحجامة فعليها، و إنّما يختلفان فى شىء واحد و هو أنّ ما يحفظ البنية على الدوام و هو الإطعام فعليه دونها، ففى هذا يفترقان و فيما عداه يتّفقان «۲».

و لا تستحقّ الخادمة آلة التنظيف من دهن و مشط و نحوهما، لأنّها تراد لإزالة الشعث و التحسين، و لا حظّ للخادم فى ذلك، فإنّما عمله الخدمة.

و لكن يجب لها كما يجب للزوجة ما يزيل الوسخ عنها و عن ثيابها كالصابون لقضاء العرف به.

الثامن: السكنى، و عليه أن يسكنها دارا يليق بها إمّا بعارية أو إجارة أو ملك.

[المطلب الثالث فى كيفيّة الإنفاق]

المطلب الثالث فى كيفيّة الإنفاق أمّا الطعام فيجب فيه تمليك الحبّ و مؤنة الطحن و الخبز و الطبخ، فإن باعت الحبّ أو أكلته حبّا لم يجب عليه المؤنة و لا يجب تسليم

---

(۱) لم ترد فى ن.

(۲) المبسوط: ج ۶ ص ۸.

الدقيق و لا الخبز و لا القيمة، فإن عدل أحدهما إلى شيء من ذلك برضى صاحبه جاز، و إلّا فلا أمّا القيمة فالأمر فيها ظاهر، فإنّ الواجب إنّما هو الطعام، و أمّا الدقيق و الخبز فظاهر أنّه لا يجبر الزوج عليهما إذا دفع الحبّ مع مؤنة الطحن و الخبز، و أمّا الزوجة فالظاهر أنّها تجبر على القبول كما يعطيه كلام الإرشاد «۱». و يحتمل العدم كما هو قضيّة الكلام هنا، لأنّهما لا يصلحان لجميع ما يصلح له الحبّ.

و أمّا الأدم فإن افتقر إلى إصلاح كاللحم وجب الإصلاح أو مؤنته و لها إذا قبضت الطعام و الإدام أن تتصرّف فيهما بأن تزيد فى الأدم من ثمن الطعام و بالعكس لأنّها تملكهما بالقبض، فلها التصرف فيهما كيف شاءت.

و يجب أن تملك نفقة كلّ يوم فى صبيحته، و ليس عليها الصبر إلى الليل لأنّها ربّما تجوع فتتضرّر بالتأخير، و ربّما زاد الضرر إذا افتقرت إلى خبز أو طبخ أو إصلاح.

فإن ماتت فى أثناء النهار و النفقة باقية لم تستردّ لأنّها ملكتها بالقبض.

و كذا لو طلّقها بخلاف ما لو أسلفها نفقة شهر و نحوه فماتت أو طلّقت قبل الأجل فإنّها لا تملك إلّا نفقة يوم يوم، فتستردّ إلّا نفقة يوم الموت أو الطلاق.

و يمكن المناقشة فى عدم الاسترداد لا سيّما نفقة الليل إذا حصل الفراق قبله.

و لو نشزت فى أثناء اليوم و قد قبضت النفقة استردّ على إشكال من تقدّم القبض الموجب للملك قبل النشوز. و من أنّ الملك مشروط بالتمكين، فبالقبض إنّما ملكته ملكا مراعى. هذا مع بقاء العين، إذ مع الإتلاف لا دليل على وجوب العوض مع إباحة المالك «۲» و الإذن شرعا فى الإتلاف.

---

(۱) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۳۴.

(۲) فى المطبوع بدل «المالك»: الملك.

و ليس له أن يكلّفها المؤاكلة معه و إن جرت العادة بها «١» فى أمثالها للأصل، و لأنّها قد تتضرّر بها.
و لو منعها النفقة مع التمكين استقرّت عليه و إن لم يحكم بها حاكم، أو لم يقدّرها لثبوت الحقّ لها و إن سكتت و لم تطالب و لا وقع التقدير، خلافا لبعض العامّة «٢» حيث اعتبر التقدير.
و أمّا الإخدام، فإن كانت من أهله تخيّر بين أن يخدمها بنفسه، أو بحرّة يستأجرها، أو مملوك له يأمرها بالخدمة أو لغيره بالاستئجار، أو العارية، أو يشترى خادما يخدمها، أو ينفق على خادمها إن كان لها خادم، و لا خيار لها فى ذلك، و للعامّة قول: بأنّ لها الامتناع من قبول خدمته بنفسه، لأنّها تستحيى و تتعيّر به. و آخر بأنّ له ذلك فيما لا تستحيى كغسل الثوب، و استقاء الماء، و كنس البيت، و الطبخ، دون ما تستحيى منه، كصبّ الماء على يدها و حمله إلى المستحم، أو إليها للشرب «٣».
و لا يجب عليه أكثر من خادم واحد و إن كانت فى بيت أبيها بخادمين و أكثر و فى المبسوط: و إن كانت أجلّ الناس «۴» للاكتفاء بالواحد للخدمة.
و الزائد إنّما يحتاج إليه لحفظ المال، و لا يجب عليه حفظ مالها، و لا القيام فيه خلافا لبعض العامّة فأوجب لها خادما لخارج الدار و آخر للداخل «۵». و أوجب بعضهم لمن كانت شريفة زفّت إليه مع جوار كثيرة الإنفاق على الجميع. و احتمله بعض الأصحاب لكونه من المعاشرة بالمعروف.
و لو اختارت خادما و اختار زوجها غيره، أو اختار الزوج الخدمة بنفسه و طلبت غيره قدّم اختياره فإنّه إنّما يجب عليه تحصيل الخدمة. و عن

---

(١) فى ن: به.
(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢۴۵.
(٣) المجموع: ج ١٨ ص ٢۶١.
(۴) المبسوط: ج ۶ ص ۵.
(۵) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢٣٧.

خطّه رحمه اللّه يحتمل تقديم اختيارها، لأنّ الخادم الذى يختاره جاز أن يكون أقوم بخدمتها، و ربّما يحتشم الزوج أن يستخدمه فى جميع حوائجها و عليها غضاضة فى ذلك.
و من لا عادة لها بالإخدام يخدمها مع المرض للحاجة و كذا إن احتاجت لا لمرض.
و له إبدال خادمتها المألوفة لريبة و غيرها لما عرفت من أنّ له الاختيار ابتداء فكذا استدامة.
و يحتمل أن لا يكون له الإبدال بدون الريبة، لعسر قطع المألوف، و للعامّة قول بعدم الإبدال، و آخر بعدمه لا لريبة «١».
و له أن يخدم بنفسه بعض المدّة، أو بعض الحوائج و يستأجر للباقى، و له إخراج سائر خدمها سوى الواحدة و إن اتفقت هى عليهنّ إذ ليس عليه سكناهنّ، بل له منع أبويها و أقاربها و ولدها من غيره من الدخول إليها، و منعها من الخروج إليهم للزيارة ففى الصحيح عن ابن سنان عن الصادق عليه السّلام: أنّ رجلا من الأنصار على عهد رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله خرج فى بعض حوائجه فعهد إلى امرأته عهدا أن لا تخرج من بيتها حتّى يقدم، قال: و إنّ أباها مرض فبعثت المرأة إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله فقالت: إنّ زوجى خرج و عهد إلىّ أن لا أخرج من بيتى حتّى يقدم و أنّ أبى مريض فتأمرنى أن أعوده؟ فقال: لا، اجلسى فى بيتك و أطيعى زوجك، قال: فمات فبعثت إليه فقالت: يا رسول اللّه إنّ أبى قد مات فتأمرنى أن أصلّى عليه؟ قال: لا،

اجلسی فی بیتک و أطیعی زوجک، قال: فدفن الرجل فبعث إلیها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله إن اللّه قد غفر لک و لأبیک بطاعتک لزوجک «۲».

و لو قالت: أخدم نفسی و لی نفقة الخادم لم تجب إجابتها إلی شیء

---

(۱) المجموع: ج ۱۸ ص ۲۶۰، و لم نقف علی من قال: بعدم الإبدال مطلقا.

(۲) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۱۲۵ ب ۹۱ من أبواب مقدّمات النکاح و آدابه، ح ۱.

منهما، بل علیه الإخدام إن کانت من أهله و إن تواضعت کما مرّ، کما أنّ علیه الإنفاق علیها بما هی أهله و إن رضیت بالتقتیر «۱»، و لیس لها النفقة إن لم یقبل الخادم، لأنّ الخدمة للترفّه و الدعة، فإذا لم تخترها لم یکن لها عوض عنها.

و لو تبرّعت بالخدمة لم یکن لها المطالبة بالأجرة و لا نفقة الخادم لذلک، و کذا لو خدمت بنفسها ثمّ ادّعت أنّها ما تبرّعت، لکن لو ظلمها فلم یخدمها فاضطرّت إلی الخدمة بنفسها احتمل أن یکون لها المطالبة بالأجرة، و الأقوی العدم أیضا، نعم لها أن تتّخذ خادما ثمّ تطالبه الأجرة و النفقة.

و أمّا الکسوة و الفراش و آلة الطبخ و آلة التنظیف فإنّ الواجب فیها دفع الأعیان، و لو تراضیا بالقیمة جاز و لا یجبر علیها أحدهما کما فی الطعام و الإدام.

و هل الواجب فی الکسوة الإمتاع أو التملیک؟ إشکال، أقربه الثانی وفاقا للمبسوط «۲»، لأنّه المتبادر من کون الکسوة علیه، خصوصا و قد عطفت علی الرزق الذی یجب فیه التملیک، و لقضاء العرف به، و لأنّه المعروف فی الکفّارة مع تشابه اللفظ فی الآیتین.

و الفرق بینها و بین المسکن ظاهر، فإنّه إنّما أوجب فیه الإسکان و قضاء العرف فیه بالخلاف. و الأقوی عندی الأوّل کما فی الإرشاد «۳» للأصل، و ضعف الأدلّة.

فلو سلّم إلیها کسوة لمدّة جرت العادة ببقائها إلیها فتلفت فی الأثناء لم یجب البدل کما لو أسلفها نفقة شهر فتلفت قبل تمامه، لبراءة ذمّته بالتملیک و الإقباض.

و إن قلنا: إنّه إمتاع وجب البدل لتجدّده کل حین، فلا تبرأ الذمّة بالتسلیم.

---

(۱) فی المطبوع: بالتعبیر.

(۲) ظاهر کلامه خلاف ذلک راجع المبسوط: ج ۶ ص ۱۰.

(۳) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۳۵.

و کذا لو أتلفتها أو فرّطت فی حفظه لکن یجب علیها حینئذ القیمة إن قلنا: إنّه إمتاع لأنّه إتلاف مال الغیر، و أمّا علی التملیک فلا قیمة علیها و لا بدل لها، فهذه ثمرة من ثمرات الخلاف.

و منها: أنّه لو انقضت المدّة و الکسوة باقیة، استقرّ ملکها علیها و کان لها المطالبة بغیرها لما یستقبل علی التملیک.

و لو قلنا بالإمتاع لم یستقرّ الملک و لم یجب الغیر للمستقبل.

و کذا لو لبست غیرها فی المدّة استقرّ الملک علیها و کان لها المطالبة بغیرها علی التملیک دون الإمتاع.

و منها: أنّه لو طلّقها قبل انقضاء شيء من المدّة المضروبة للكسوة، كان له استعادتها إن بقيت، و إلّا فقيمتها، أو المراد قبل انقضاء تمام المدّة و بالاستعادة ما يعمّ استعادة الكلّ أو البعض، بناء على التشريك الذى سيصرّح به، و لا يكون له استعادتها إن طلّقها بعدها على التمليك دون الإمتاع.

و منها: أنّه لو انقضت نصف المدّة، سواء لبستها أو لا، ثمّ طلّقها احتمل على التمليك التشريك لأنّه استوفى بعض عوضها دون بعض.

و احتمل اختصاصها بها، لأنّها ملكتها بالقبض، و استحقتها بالتمكين الكامل، فيكون كنفقة اليوم إذا طلّقها فى الأثناء، و أمّا على الإمتاع فظاهر أنّها باقية على اختصاصها به. و كذا لو ماتت قبل انقضاء المدّة أو بعدها.

و لو دفع إليها طعاما لمدّة فأكلت من غيره و انقضت المدّة ممكّنة ملكته، و كذا لو استفضلت منه شيئا قولا واحدا، لتعيّن التمليك فيه كما يظهر من المبسوط «۱» و غيره «۲».

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۱۰.

(۲) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۳۵.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۷۴

و يؤيّده ما سمعته من خبر شهاب «۱»، و إن أمكن القول بالعدم فيه أيضا، و أنّ الواجب إنّما هو البذل و الإباحة.

فإن طلّقها فى الأثناء استعاد نفقة الباقى لما عرفت من أنّها لا تملك إلّا متجدّدا بتجدّد كلّ يوم، و لو قلنا بملكها «۲» بالقبض فإنّما هو فى مقابلة التمكين، فإذا لم يسلّم له بعض العوض استردّ ما بإزائه، فملكها مراعى بسلامة العوض، كما أنّ الموجر يملك تمام الأجرة ملكا مراعى بسلامة العوض للمستأجر. إلّا نفقة يوم الطلاق فلا تستعاد منها، لأنّها تملكها فى صبيحته ملكا مستقرّا ببذل التمكين أوّله، كذا قطع الشيخ و غيره بالحكمين «۳». و الفرق مشكل، و لذا احتمل بعض العامّة استرداد نفقة يوم الطلاق أيضا «۴».

و لو نشزت، أو ماتت، أو مات هو استردّ الباقى من النفقة لذلك اليوم و «۵» لغيره، و الفرق أنّها فى صورة الطلاق مسلّمة للعوض الذى هو التمكين، و إنّما ردّه الزوج بالطلاق، بخلاف هذه الصور فإنّه لا تسليم فيها، و قد مضى منه الحكم بالعدم إذا ماتت فى أثناء اليوم و الاستشكال فى النشوز.

و يحتمل أن يريد استرداد الباقى إلّا يوم النشوز أو الموت، و أن يريد أنّه يستردّ نفقة اليوم إن بقيت عينها لا إن تلفت، و هو ظاهر لفظ الباقى، و قد ذكرنا الفرق بين الباقى و التالف فيما تقدّم.

و لها بيع ما يدفعه من الطعام و الأدم لما عرفت من أنّها تملكها بالقبض، إلّا أن يضرّ بها البيع فله منعها كما فى المبسوط «۶» و التحرير «۷».

أمّا الكسوة فإن قلنا بالتمليك فكذلك، و إلّا فلا فهو أيضا من ثمرات الخلاف فيها.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۶ ب ۲ من أبواب النفقات ح ۱.

(۲) فى المطبوع: تملكها.

(۳) المبسوط: ج ۶ ص ۱۰.

(۴) لم نعثر عليه.

(۵) فى ن: زيادة من.

(۶) المبسوط: ج ۶ ص ۹.

(۷) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۸ س ۱۷.

و منها: أنّه لو استأجر أو استعار لها ثيابا لتلبسها، فإن أوجبنا التمليك فلها الامتناع، و إلّا فلا، و لا يتوهّمنّ من ذلك: أنّه لمّا تعيّن التمليك فى الإطعام لم يكف استمرار المؤاكلة معه، بل لو دخل بها و استمرّت تأكل معه على العادة لم يكن لها مطالبة بمدّة مؤاكلته مع أنّ الدخول من أمارات التمكين كما عرفت سابقا، فمع عدمه أولى بعدم المطالبة، و إنّما لم يكن لها المطالبة مع عدم التمليك، لحصول الغرض من التمليك و هو الإطعام، و لأنّه نوع تمليك، و لا دليل على وجوب الزائد عليه، و لقضاء العرف بالاكتفاء به، نعم لها الامتناع من المؤاكلة ابتداء كما تقدّم. و للعامّة قول بالمطالبة «۱».

و من الثمرات أنّه لو لم يكسها استقرّ دينا عليه على التمليك دون الامتناع.

[و منها: إنّه يجوز لها بيع ما أخذته من الكسوة على التمليك دون الإمتاع.

و منها: أنّه لا يصحّ الاعتياض عنها على الإمتاع، و يصحّ على التمليك] «۲».

و القول قولها مع اليمين فى عدم الإنفاق، أو عدم المؤاكلة، و إن كانت فى منزله على إشكال من الأصل، و هو قول ابن إدريس «۳». و من الظاهر، و هو قول الشيخ فى الخلاف، و استدل بإجماع الفرقة و أخبارهم، و قضاء العادة بأنّها لا يقيم معها إلّا و هى تقبض النفقة «۴».

و كذا الإشكال فى وجوب التمليك أو الإمتاع جار فى الفراش، أمّا آلة الطبخ و آلة التنظيف من نحو المشط لا نحو الدهن فالواجب فيهما الإمتاع من غير إشكال، و أمّا نحو الدهن فالظاهر فيه التمليك، و أمّا ما يتعلّق بالكسوة و قد استطرد فيه ذكر غيرها. و أمّا الإسكان فلا يجب فيه التمليك بل الإمتاع خاصّة بلا إشكال للأصل، و عدم الدليل و قضاء العادة، و حصول الإسكان المأمور به بدون التمليك، و لما نبّهناك عليه من انفصال هذا الكلام لم يلزمه مع آلتى الطبخ و التنظيف فى سلك.

---

(۱) لم نعثر عليه.

(۲) زيادة فى ن.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۶۵۵- ۶۵۶.

(۴) الخلاف: ج ۵ ص ۱۱۶ المسألة ۱۲.

و يجب الإسكان بحسب حالها مع القدرة لقضاء العادة، و كونه من المعاشرة و الإمساك بالمعروف، و كون خلافه من المضارّة.

و لكن لو كان من أهل البادية لم يكلّف الإسكان فى بيت مدرّ و إن كانت من أهل الحضر، بل كفاه بيت شعر يناسب حالها للزوم الحرج بالتكليف بذلك، و قضاء العرف بالاكتفاء به، و لقوله تعالى «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ» «۱».

و لها المطالبة بمسكن لا يشاركها غير الزوج فى سكناه من دار أو حجرة منفردة المرافق إن قدر عليه، لأنّه من المعاشرة و الإمساك بالمعروف، و لفهمه من قوله تعالى: «وَ لا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ» «۲».

و لو سكنت فى منزلها غير ناشزة و لا مصرّحة بالتبرّع و لا بمطالبة المسكن ففى وجوب الأجرة نظر من كون الإسكان حقّا لها، و لا يسقط الحقّ بالسكوت عن المطالبة، فإذا لم يسلّم لها السكنى كان لها عوضها و هى الأجرة. و من شيوع المسامحة فى السكنى

إذا كان لها منزل و اعتياد التبرّع، و أنّ الواجب هو الإسكان، و لا دليل على العوض إذا فات.

[المطلب الرابع فى مسقطات النفقة]

اشارة

المطلب الرابع فى مسقطات النفقة و هى أربعة:

[الأوّل: النشوز]

الأوّل: النشوز فإذا نشزت الزوجة سقطت نفقتها و كسوتها و مسكنها اتفاقا إلى أن تعود إلى التمكين و يندرج تحت النشوز المنع من الوطء و الاستمتاع فى قبل أو دبر أو غيرهما على وجه كما عرفت فى أى وقت كان، و فى أيّ مكان كان و لو على ظهر قتب، كما فى صحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام «٣» إذا لم يكن هناك عذر عقليّ كالمرض، و لا شرعى

---

(١) الطلاق: ۶.

(٢) الطلاق: ۶.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ١١١ ب ٧٩ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۵٧٧

كالحيض و الصوم و الإحرام الواجبين و الخروج عن المنزل بغير إذنه فى غير الواجب عليها من حجّ و نحوه. و الامتناع من الزفاف إليه لغير عذر إلّا ما مرّ من أيّام التهيئة، فإنّها لا تعدّ بذلك ناشزا و إن لم تستحقّ النفقة و العذر يشملها.

و لو سافرت لطاعة مندوبة، أو فى تجارة أو نحوها من حاجاتها المباحة فإن كان معها وجبت النفقة لحصول التمكين و إن لم يكن معها فإن كان بغير إذنه فلا نفقة لنشوزها و إن كان بإذنه فالأقرب النفقة لأنّه بالإذن أسقط حقّه من التمكين، و لعدم النشوز. و يحتمل العدم لانتفاء التمكين و إسقاط حقّه منه لا يوجب سلامة العوض لها.

أمّا لو سافرت فى حاجة له بإذنه فإنّ النفقة تجب عليه قطعا فإنّها ممكّنة مسلّمة للعوض، و إنّما الفراق باختياره كما تمكّنه من نفسها فى البيت و هو لا يستمتع بها.

و كذا الاعتكاف المندوب إن لم يكن بإذنه فلا نفقة، لنشوزها بامتناعها من التمكين و إن لم يصحّ اعتكافها و لم يمتنع الاستمتاع بها شرعا، و إن كان بإذنه فالأقرب النفقة.

و فى المبسوط: إن اعتكفت بإذنه و هو معها، فالنفقة لها، و إن اعتكفت بغير إذنه فعندنا لا يصحّ اعتكافها، و لا تسقط نفقتها، و عندهم يصحّ الاعتكاف و تسقط النفقة، لأنّها ناشزة، و إن اعتكفت بإذنه وحدها فلها النفقة عندنا، و قال بعضهم: لا نفقة لها «١».

و لو أرسل المولى أمته إلى زوجها بعض الزمان كالليل دون الباقى احتمل سقوط الجميع لانتفاء التمكين التامّ و سقوط ما قابل زمان المنع خاصّة بناء على توزيع النفقة على زمان التمكين، فإنّهما بمنزلة العوضين فينقسم كلّ منهما بحسب الآخر.

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ١۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۵٧٨

و كذا لو نشزت الحرّة بعض اليوم بليلته.

[الثانى العبادات]

الثانى من المسقطات: العبادات.

فلو صامت فرضا لم يسقط النفقة و إن منعها الزوج إن كان صوم رمضان أو قضاؤه و تضيّق شعبان لأنّ مثل هذا الزمان مستثنى بعقد النكاح فاستثناؤه داخل فى مفهوم التمكين التامّ.

أمّا لو كان الصوم غير مضيّق كالنذر المطلق و الكفّارة و قضاء رمضان قبل التضيّق فالأقرب أنّ له منعها إلى أن يتضيّق عليها وفاقا للمبسوط، لأنّ حقّه فورىّ، و ما فى ذمّتها من الصوم على التراخى «١». و قيل:

بالعدم «٢»، لأنّ زمان الواجب مستثنى من التمكين، و تعيينه منوط باختيار المكلّف شرعا، و إلّا لم يكن موسّعا.

و لو نذرت الصوم قبل الدخول فى حباله أو بعده بإذنه زمانا معيّنا فكرمضان فى الاستثناء و إن كان بعده بغير إذنه، أو كان مطلقا كان له المنع. أمّا الأوّل فلما سيأتى: من أنّ له حلّ نذرها. و أمّا الثانى فللسعة.

فإن نذرت بغير إذنه معيّنا و طلّقها قبل حضور المعيّن فالأقوى الوجوب و إن عادت إليه بعقد جديد قبل حضور المعيّن، لأنّه لمّا طلّقها لم يكن له حلّ نذرها فاستقرّ من غير تزلزل، و العقد الثانى متأخّر عن استقراره فلا يزلزله. و يحتمل العدم ضعيفا، لأنّه حين انعقد كان متزلزلا، و إنّما الطلاق مانع من الحلّ «٣»، فإذا زال بتجديد العقد عاد إمكان الحلّ «۴» و دخل فى عموم ما يدل على تزلزل نذر الزوجة.

و لو كان الطلاق بعده أى حضور المعيّن و كان قد منعها من الوفاء حين الحضور لم يجب عليها القضاء بعد الطلاق لانحلاله بالمنع، و لو كان النذر بعد حباله و منعها من الوفاء لم يجب القضاء، أى الفعل أداء

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ١۵.

(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ٣۶.

(٣) فى ن: «تزلزله».

(۴) فى ن: بدل «إمكان الحلّ»: التزلزل.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٧، ص: ۵٧٩

و لا قضاء، بمعنى أنّه ليس المنع من فعله مانعا من المبادرة إليه حسب، كما فى المنع من المطلق بإذنه أو قبل النكاح، بل هو مبطل للنذر رأسا.

و لو كان الصوم ندبا كان له منعها منه بلا خلاف. و كلّ موضع قلنا:

إنّ له المنع من الصوم لو صامت فالأقرب سقوط النفقة إن منعته الوطء، و إلّا تمنعه الوطء فلا تسقط و إن امتنعت من الإفطار بغيره. نعم إن كان امتناعها من نحو الأكل و الشرب ممّا يخلّ بالاستمتاع منها أو ينقص منه كان نشوزا.

و يحتمل السقوط بالامتناع بأىّ مفطر كان كما هو ظاهر المبسوط «١»، لأنّه إصرار على المانع من الوطء، و إليه الإشارة بالأقرب.

و ليس له منعها من الصلاة الواجبة فى أوّل الوقت لتأكّد الفضيلة فيه حتّى قيل بالوجوب «٢» مع قصر زمانها، بخلاف الصوم. و

الحقّ أنّه لا يمكن الاكتفاء بأمثال ذلك فإن لم يكن عليه اتّفاق يوجّه «۳» التسوية بينهما.
و لا إشكال فی أنّه لا يجوز له منعها من الحجّ الواجب فی عامها أی عام المرأة أو الاستطاعة أو الحجّة للضيق.

[الثالث الصغر]

الثالث من المسقطات: الصغر.
فلو تزوّج صغيرة لم تجب النفقة إن شرطنا التمكين و لو دخل، لأنّه غير مشروع و يجب إن جعلنا النشوز مانعا و إن لم يدخل.
نعم لو أفضاها وجبت النفقة على القولين من حين الإفضاء إلى أن يموت أحدهما لأنّه أفسدها على الأزواج. و لإطلاق الخبر و الفتوى بوجوب النفقة عليه و قد تقدّم.

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۱۴.
(۲) القائل بذلك: الحسن، و الشيخان، و الحلبيّان، و ابنا حمزة، و البرّاج. راجع كشف اللثام: ج ۳ ص ۲۱.
(۳) فی النسختين: «إنفاق بوجه» و الصواب ما أثبتناه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۸۰
و المريضة معذورة إذا كان الوطء يضرّها فی الحال بأن يشقّ عليها مشقّة لا تتحمّل عادة أو فيما بعده بأن يوجب مرضا أو زيادة فی المرض أو بطوء برئه فلها أن تمتنع من التخلية بينها و بينه.
و لا يؤتمن الرجل فی قوله: لا أطؤها فلا تجبر على التخلية بمجرّد ذلك، لكن فی وجوب النفقة لها حينئذ نظر، لامتناعها من سائر الاستمتاعات الممكنة. نعم لا يظهر خلاف فی استحقاق النفقة أيّام المرض إذا تمكّن من الاستمتاع بها بغير الوطء لقضاء العادة باستثنائها مع بقاء الائتلاف فی «۱» الاستمتاع بسائر الوجوه.
و لو أنكر التضرّر بالوطء رجع إلى أهل الخبرة من النساء أو الرجال و لا بدّ من عدد البيّنة كما مرّ فی القرحة فی فرجها.

[الرابع البينونة]

الرابع من المسقطات: البينونة و إن كانت فی الاعتداد.
و تجب النفقة للمطلّقة رجعيّا بالنصّ «۲». و الإجماع. و لكونها فی حكم الزوجة إلّا إذا حبلت من الشبهة أو وطئت بشبهة و تأخّرت عدّة الزوج عن عدّتها فالكلام فی قوّة: إلّا إذا حبلت من الشبهة.
و إذا تأخّرت عدّة الزوج عن عدّتها و إن لم تحبل فإنّ العبرة بتأخّر عدّته عن عدّتها، حبلت أو لا. أو الواو بمعنى أو و قلنا: لا رجعة له فی الحال بل بعد انقضاء عدّتها فلا تجب النفقة على إشكال من أنّ النفقة إنّما تجب للزوجة و من فی حكمها و هی من فی العدّة الرجعيّة، لكونها بمنزلة الزوجة الممكّنة، لأنّ له الرجوع إليها متى شاء، و الأمران منتفيان. و من بقاء حكم الزوجيّة و إن امتنع الرجوع الآن لمانع كما تجب النفقة على الزوجة الصائمة و المحرمة مع امتناع الاستمتاع بها، و إطلاق النصّ. هذا إذا كانت الشبهة منها أو من الواطئ أيضا، و إن اختصّت بالواطئ فالأظهر عدم النفقة، فإنّها التی تسبّبت لامتناع الرجوع فهی كالناشز.

---

(۱) فی المطبوع: بدل «فی» و.
(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۱ ب ۸ من أبواب النفقات.

و لو قلنا: له الرجعة فى الحال فلها النفقة إن لم تختصّ الشبهة بالواطى. و أمّا البائنة فلا نفقة لها، و لا سكنى إلّا مع الحمل بالنصّ من الكتاب «١» و السنّة «٢» و الإجماع.

و الفسخ كالطلاق إن حصل بردّته فإن بانت به كما إذا كانت عن فطرة أو قبل الدخول سقطت النفقة، و إلّا فلها النفقة ما دامت فى العدّة، لأنّها فى حكم الزوجة، فإنّ له الرجوع إلى الإسلام فيستدام الزوجيّة و هى ممكّنة، و المانع شرعىّ من قبله.

و إن استند الفسخ إلى اختيارها للردّة أو لعيبه أو إلى عيبها فإن كان قبل الدخول سقط جميع المهر إلّا فى العنّة كما عرفت و النفقة للبينونة.

و إن كان بعده لا يسقط المهر لاستقراره بالدخول بل النفقة إن كانت حائلا بلا إشكال، لاستناد الفراق إليها، و إن كان هو الفاسخ لعيبها أو حاملا- على إشكال من إطلاق الآية. و من الأصل. مع كون الآية فى ذيل أحكام المطلقات إلّا إذا قلنا: النفقة للحمل فلا إشكال فى ثبوتها.

و فراق اللعان كالبائن فلا- نفقة لها إن كانت حائلا- أو حاملا- و كان اللعان لنفى الولد و قلنا بكون النفقة للحمل، و إلّا ففيه الإشكال.

و لو أنفقت على الولد المنفىّ باللعان متّصلا أو منفصلا إن قلنا: النفقة للحمل ثمّ كذّب نفسه، ففى رجوعها عليه بالنفقة إشكال من تسبّبه لحكم الحاكم عليها بالإنفاق، و كون اللعان شهادة بالآية، و قد أوجبت النفقة عليها، و إذا كذّب الشاهد نفسه رجع عليه بما غرم لشهادته و نفى الضرار. و هو خيرة المبسوط «٣». و من أنّ نفقة القريب لا تقضى.

---

(١) الطلاق: ۶.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣٠ ب ٧ من أبواب النفقات.

(٣) المبسوط: ج ۶ ص ٢۵.

و المعتدّة عن شبهة غير مختصّة بالواطى و إن كانت فى نكاح فلا نفقة لها على الزوج على إشكال من انتفاء التمكين. و من العذر كالمريضة، و الظاهر عدم الفرق بينها و بين المعتدّة الرجعيّة، بل إذا قلنا بوجوب النفقة لها فأولى بالوجوب و هى فى النكاح، و قد نقل عن المصنّف الاعتراف به، و أنّ ما ذكر فى الرجعيّة أيضا مبنىّ على الإشكال.

و ربّما يمكن الفرق بوجود النصّ على الإنفاق على المطلقة بخصوصها، بخلاف الباقية فى النكاح، و لكنّه ضعيف جدّا، للأولويّة، و الاتّفاق على الإنفاق على الباقية فى النكاح، و هو إن لم يكن أقوى من النصّ فلا يقصر عنه.

و إن كانت خليّة عن النكاح فلا نفقة لها على الواطئ لحصر موجبات النفقة، و ليس منها الوطء بالشبهة إلّا مع الحمل، فيثبت النفقة عليه إن قلنا: إنّها للحمل [أعنى الواطئ للشبهة إن كان الحمل منه بهذا الوطء] «١».

و إلّا فعلى الزوج فى العدّة على الإشكال، و قد تقدّم منه الحكم بأنّ النفقة على الزوج فى عدّة وطء الشبهة من غير استشكال و لا تفصيل بالحمل و عدمه.

و يجب تعجيل النفقة قبل الوضع بظنّ الحمل لما فى التأخير من الإضرار، و لقوله تعالى «وَ إِنْ كُنَّ أُولٰاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتّٰى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «٢» و الاكتفاء بالظنّ لعدم الطريق إلى العلم. و للعامّة قول بعدم الوجوب «٣».

فإن ظهر فساده أى الظنّ استردّ لظهور عدم استحقاقها، و ما يتوهّم من أنّها لمّا استحقّها بظنّ الحمل كان الاسترداد خلاف

الأصل. مضمحلّ بأنّ الإنفاق خلاف الأصل، و النصّ إنّما تضمّن الإنفاق على أولات الحمل، فلمّا ظهر فساد الظنّ علم الخروج من النصّ، و ظاهر أنّ استحقاقها بالظنّ استحقاق مراعى. و ذكر من لم يوجب التعجيل من العامّة: أنّه إن عجّل بأمر الحاكم استردّ، و إلّا فإن لم يذكر عند الدفع أنّه نفقة معجّلة لم يستردّ و كان تطوّعا. و إن ذكر شرط

(١) فى ن بدل ما بين المعقوفتين: لأنّ الحمل منه إن لم يكن زنى به.

(٢) الطلاق: ۶.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ۴۶٧.

الرجوع استردّ «١» و إلّا فوجهان: أصحّهما الرجوع.

و لو أخّر الدفع للنفقة و مضى زمان علم فيه الحمل بالوضع أو بغيره وجب القضاء لما مضى، لأنّ نفقة الزوجة تقضى إلّا إذا قلنا: إنّه أى الإنفاق للحمل، فإنّه يسقط بمضىّ الزمان فإنّ نفقة القريب لا تقضى.

و فى المتوفّى عنها زوجها مع الحمل روايتان، الأشهر رواية و فتوى بين المتأخّرين أنّه لا نفقة لها فسأل الحلبى- فى الحسن- الصادق عليه السّلام عن المرأة الحبلى المتوفّى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا «٢». و كذا خبر زرارة «٣» و أبى الصباح الكنانى «۴» عنه عليه السّلام. و سأل محمّد بن مسلم- فى الصحيح- أحدهما عليهما السّلام عن المتوفّى عنها زوجها إلها نفقة؟ قال: لا ينفق عليها من مالها «۵».

و الأخرى و بها عمل الصدوق «۶» و الشيخ «٧» و أتباعهما: أنّه ينفق عليها من نصيب ولدها من الميراث، روى عن أبى الصباح الكنانى عن الصادق عليه السّلام قال: المرأة الحبلى المتوفّى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها «٨». و عليه حمل الشيخ خبر محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام قال:

المتوفّى عنها زوجها ينفق عليها من ماله «٩». و يعضد الأخبار الأوّلة الأصل و كثرتها، و ما ذكره المفيد فى التمهيد: من أنّه لا مال للولد إلّا إذا انفصل حيّا، فكيف

(١) إلى هنا ذكره فى المجموع: ج ١٨ ص ٢٧٧، و أمّا ما بعده فلم نتحقّق معناه، و لعلّه سقط منه شىء.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣۴ ب ٩ من أبواب النفقات ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣۴ ب ٩ من أبواب النفقات، ح ٢ و ٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣۴ ب ٩ من أبواب النفقات، ح ٢ و ٣.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣۵ ب ٩ من أبواب النفقات ح ۶.

(۶) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۵١٠ ذيل الحديث ۴٧٩٠.

(٧) النهاية: ج ٣ ص ۴٩٠.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣۶ ب ١٠ من أبواب النفقات ح ١.

(٩) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١۵٢.

ينفق عليها من نصيبه و لا نصيب له؟ «١». و فيه أنّه يعزل للحمل نصيب، فإن انفصل حيّا فلا إشكال، و إلّا استردّ منها ما أنفق

عليها.

و فى المختلف: أنّ النفقة إن كانت للحمل توجّه الإنفاق، و إلّا فالعدم «٢».

و عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهما السّلام قال: نفقة الحامل المتوفّى عنها زوجها من جميع المال حتّى تضع «٣».

و يمكن حمله على نصيب الولد، فإنّ له من جميع المال نصيبا.

و لا يجب الإنفاق على الزوج الرقيق إذا تزوّج حرّة أو أمة و إن شرط مولاه الانفراد برقّ الولد من الحرّة أو الأمة فأبانها حاملا، إن قلنا بأنّ النفقة للولد فإنّ الولد ملك للمولى فالنفقة عليه، و إن لم يشترط الرقّية فى ولد الحرّة لم يجب النفقة على الزوج [لأنّه رقيق، و لا نفقة عليه للقريب، و لا على المولى، و هو ظاهر، و إن لم يشترط الانفراد بولد الأمة كانت نفقته على الموليين، لاشتراك الولد بينهما. و بالجملة لا نفقة على الزوج] «۴» الرقيق للحمل، حرّا كان أم رقّا، مشتركا أم مختصا، فذكر شرط الانفراد لعلّه لدفع ما قد يتوهّم من أنّه مع اشتراطه تكون النفقة عليه من كسبه كنفقة زوجته.

و كذا لا تجب النفقة على الحرّ فى المولود الرقيق إن قلنا بكون النفقة للحمل إذا تزوّج بأمة فاشترط عليه رقّيّة الولد فأبانها حاملا، لأنّ نفقة الرفيق على مولاه. و إن قلنا بكون النفقة للحامل وجب الإنفاق عليهما و هو ظاهر فى الزوج الحرّ، و فى العبد إن قيل بتعلّقها بذمّته، و إلّا فجاز.

[المطلب الخامس فى الاختلاف]

المطلب الخامس فى الاختلاف لو ادّعى الإنفاق و أنكرته فإن كان غائبا فى الزمان المختلف فيه

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٩٣.

(٢) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٩٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣۶ ب ١٠ من أبواب النفقات ح ٢.

(۴) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

فعليه البيّنة قولا واحدا فإن فقدت حلفت و حكم لها، و إن كان حاضرا معها فكذلك على إشكال ممّا تقدّم من الأصل. و من الظاهر.

و لو كانت الزوجة أمة و اختلفا فى النفقة الماضية فالغريم للزوج هو السيّد فإنّها إن قبضتها لم يملكها إلّا سيّدها، فالسيّد إن صدّق الزوج سقطت عنه النفقة و إلّا حلف إن لم يقم البيّنة على الدفع و طالب و لا عبرة بتصديقها، لأنّه إقرار فى حقّ السيّد. و يشكل الحلف، لأنّه على نفى فعل الغير، إلّا أن يوجّه الزوج إليه الدعوى.

و يندفع بأنّ المراد التفصيل: بأنّه إن ادّعى دفع النفقة الماضية إليها يوما فيوما و لم يصدّقه السيّد، فإن صدّقته الزوجة سقطت عنه، لأنّها كانت مأذونه فى قبضها كذلك، بل كانت من حقوقها المختصّة بها، و إن كذّبته كانت عليه البيّنة، و إلّا حلفت و طالب بها السيّد، [فإن ادّعى عليه العلم بالإنفاق عليهما أحلفه على عدمه] «١»، و إن ادّعى الدفع جملة بعد مضىّ أيّام كانت الدعوى حقيقة فى حقّ السيّد، فكانت الدعوى بينهما، و لا عبرة بتصديق الزوجة و لا حلفها و لا نكولها [ثمّ إن ادّعى الدفع إليها كان للسيّد المطالبة إذا لم يثبت إذنه فى الدفع إليها] «٢».

أمّا النفقة الحاضرة فالحقّ فيها لها، لأنها حقّ يتعلّق بالنكاح أى حقّ مخصوص بالزوجة على الزوج للزوجيّة لا تعلّق له بالسيّد، فإنّها إذا قبضتها صرفتها فى مصالح نفسها، كما إذا قبضت النفقة من سيّدها و لم يأخذها السيّد منها، فيرجع إليها لا إلى السيّد كالإيلاء و العنّة فإنّ الحقّ فيهما أيضا مخصوص بالزوجة، فإنّما تطالبه هى دون السيّد.

و بالجملة، فإنّ للرقيق مطالبة المولى بالنفقة الحاضرة، و لا يقصر عنها مطالبة الأمة الزوج بها.

و لو ادّعت أنّه أنفق عليها نفقة المعسر مع يساره فكذّبها

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

(٢) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

فالقول قولها أيضا كما فى الأصل [للأصل] «١». و قد يمكن أن يفهم من التشبيه الفرق فيه أيضا بين الغيبة و الحضور، فيجزم بالحكم فى الغيبة، لأنّه كما يتسامح الغائب فى أصل الإنفاق فكذا فى قدره، و يستشكل فى الحضور، لأنّه كما يشهد القرينة بإنفاق الحاضر يشهد بإيفائه الكفاية.

و لو صدّقها و أنكر اليسار فالقول قوله إن لم يثبت له أصل مال و إلّا فالقول قولها للأصل فيهما.

و كذا لو ادّعى الإعسار عن أصل النفقة. و لو دفع الوثنيّ أو غيره إلى زوجته الوثنيّة نفقة لمدّة ثمّ أسلم بعد الدخول و خرجت العدّة و هى وثنيّة استرجع من حين الإسلام لتبيّن البينونة منه.

فلو أسلمت فيها استرجع ما بين الإسلامين خاصّة، بالاتّفاق كما يظهر من المبسوط «٢» لانتفاء التمكين فيه من قبلها لاختيارها الكفر.

فإن اتّفق الزوجان على الدفع و ادّعت الدفع هبة لا نفقة قدّم قوله مع اليمين لأنّه فعله، و الأصل عدم الهبة، و لا اختصاص لهذه المسألة بالوثنيّ كما يوهمه الفاء.

و لو سافرت و ادّعت الإذن فى السفر فأنكره، قدّم قوله مع اليمين، و كذا لو أنكر التمكين و إن كانت فى منزله بل و إن تحقّقت الخلوة التامّة.

أمّا لو ادّعى النشوز، قدّم قولها مع اليمين و لو ثبت النشوز فادّعت العود إلى الطاعة بعده قدّم قوله مع اليمين و الكلّ ظاهر.

و لو ادّعت أنّها من أهل الإخدام للحاجة أو الاحتشام لم يقبل إلّا بالبيّنة إلّا أن يعلم أهلها و حالهم، و لعلّ البيّنة تشمله.

و لو ادّعت البائن أنّها حامل، دفع إليها نفقة كلّ يوم فى أوّله جوازا، و هو ظاهر. و يحتمل الوجوب، لأنّه لا يعلم غالبا إلّا من جهتها، فلو لم

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

(٢) المبسوط: ج ٦ ص ١٨- ١٩.

يجب الإنفاق عليها بادّعائها لزم الحرج بحبسها عليه من غير الإنفاق، مع نهيهنّ عن كتمان ما خلق اللّه فى أرحامهنّ. و الأمر بالإنفاق على أولات الحمل مع كون المرجع فيه غالبا إلى ادّعائهنّ، و لا ضرر بذلك على الزوج فإنّه مراعى.

فإن ظهر الحمل كان الإنفاق حقّا لها و إلّا استعيدت النفقة.

و فى إلزامها بكفيل إشكال من الأصل. و الأمر بالإنفاق مطلقا، و استحقاقها للنفقة الآن بظاهر الآية، و عدم ثبوت استحقاق الرجوع عليها. و من أنّ الموجب للنفقة إنّما هو الحمل أو العلم به أو الظنّ، و مجرّد ادّعائها لا يوجب ذلك، و لا يعلم الدخول بمجرّده فى الآية، و إنّما ينفق عليها احتياطا لها. و لتعذّر إثباته عليها، فهى الآن غير مستحقّة، فلا يستولى على مال الغير إلّا بكفيل، بل يمكن الاستشكال و إن حصل الظنّ بالحمل بناء على كون الموجب للنفقة هو الحمل لا ظنّه، فلا استحقاق لها إلّا مع العلم، فلا يستولى عليها إلّا بكفيل.

و لو قذف الحامل بالزنا و اعترف بالولد فعليه النفقة و إن لاعنها، إن جعلنا النفقة للحمل لثبوت النسب، لا إن جعلناها للحامل، لاختصاص الآية و غيرها بالمطلّقة. مع احتماله على ما تقدّم.

و لو كان القذف بنفى الولد فلا نفقة لها على القولين إلّا أن يعترف به بعد اللعان فعليه النفقة حينئذ إن جعلناها للحمل. و كذا إن جعلناها للحامل على وجه، و يقضى نفقة الماضى قبل الاعتراف إن كانت للحامل، لا إن كانت للحمل، لأنّ نفقة القريب لا تقضى.

و أوجب القضاء فى المبسوط مع جهلها للحمل، قال: لأنّها إنّما انقطعت لانقطاع النسب فإذا عاد النسب عادت النفقة «۱». و ضعفه ظاهر. و قيل: لأنّها و إن كانت للحمل لكنّها مصروفة إلى الحامل، فيكون كنفقة الزوجة. و فيه منع، إلّا أن يلتزم أنّ النفقة لهما لا للحمل خاصّة.

و لو طلّق الحامل رجعيّا فادّعت أنّ الطلاق بعد الوضع لتثبت النفقة

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۲۵- ۲۶.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۵۸۸

و أنكر فالقول قولها مع اليمين لأصالة بقاء النكاح و يحكم عليه بالبينونة لإقراره بانقضاء العدّة بالوضع و لها النفقة.

و لو انعكس الأمر فالقول قوله و لا نفقة لها، و إن عيّنا زمان الطلاق و اختلفا فى الوضع أو بالعكس فالقول قول مدّعى التأخّر لأيّهما كان، للاستصحاب. و قيل: إنّ القول قولها إذا اختلفا فى الوضع، لأنّها أعلم به، و قوله فى العكس لأنّه فعله.

[المطلب السادس فى الإعسار]

المطلب السادس فى الإعسار لو عجز عن إنفاق القوت بالفقر ففى تسلّط المرأة على الفسخ للنكاح روايتان «۱» على وفقهما قولان الأشهر بين الأصحاب العدم و ظاهر المبسوط الإجماع عليه «۲» و إن كانت روايات الفسخ أكثر، و قد تقدّم فى الكفاءة.

و لو تعذّر القوت بالمنع مع الغنى فلا فسخ بل يجبر على الإنفاق، و إن كانت الأخبار المسلّطة على الفسخ تضمّنت عدم الإنفاق و هو يشمله، لكن لمّا كان الفسخ على خلاف الأصل و أمكن إجبار الغنىّ على الإنفاق و لم يفت الأصحاب بالفسخ مع الغنى اقتصر على الفقر.

و القادر بالكسب كالقادر بالمال فلا تسلّط على الفسخ بترك التكسّب مع عدم القدرة بالمال.

و لو قلنا بالفسخ مع العجز فهل يفسخ بالعجز عن الأدم خاصّة أو الكسوة المعروفة و هى: ما يجب من الثياب التى عرفتها، لا ما يوارى عورتها خاصّة أو المسكن أو نفقة الخادم؟ إشكال من أنّ أخبار الفسخ إنّما تضمّنت سدّ الجوع، أو إقامة الصلب. و مواراة العورة «۳» مع مخالفته الأصل، و أنّ الموجب للفسخ لزوم التكليف بما لا يطاق. و من الاشتراك فى استحقاقها لها و تضرّرها

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۱۴۸ ب ۷ من أبواب أحكام الحجر ح ۲. و وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۳ ب ۱ من أبواب النفقات ح ۱.

(۲) المبسوط: ج ۶ ص ۲۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۳ ب ۱ من أبواب النفقات ح ۲.

بانتفائها و خصوصا المسكن و نفقة الخادم إذا احتاجت إليه [و قد يمنع استحقاقها لما يعجز الزوج عنه] «۱». و قطع في المبسوط بالعدم للعجز عن نفقة الخادم «۲».

و لا فسخ بالعجز عن المهر و لا عن النفقة الماضيّة، فإنّها دين مستقرّ في الذمّة لا يؤثّر فيه الفسخ و لا عدمه، و يدخلان في عموم آية الإنظار، لكن لها الامتناع من التمكين ما لم تقبض المهر كما في التحرير «۳» و إن لم يقدّرها و لم يفرضها القاضي خلافا لأبي حنيفة، فاعتبر فرض القاضي «۴».

و هذا الفسخ إن قلنا به كفسخ العيب في استقلالها به من دون رفع إلى الحاكم، و المشهور عند الشافعيّة: الافتقار إلى الرفع «۵» و قال به بعض الأصحاب، و هو الأقوى، لأنّه منطوق أخبار الفسخ.

و على ما اختاره إذا فسخت بنفسها بعد علم العجز انفسخ النكاح ظاهرا و باطنا و على القول الآخر لا ينفسخ ظاهرا. و هل ينفذ باطنا حتّى إذا ثبت إعساره متقدّما على الفسخ باعترافه أو بالبيّنة اكتفى به و احتسبت العدّة منه؟ للشافعيّة فيه وجهان «۶».

فإن أنكر الإعسار افتقرت إلى البيّنة الشاهدة به أو الثبوت بإقرار الزوج به فإنّما يفتقر عنده إلى الرفع لإثبات الإعسار دون الفسخ.

و لا فسخ إلّا بعد انقضاء اليوم و الليلة، لأنّ النفقة لهما و بمضيّهما تستقر، و العجز إنّما يتحقّق بعد الاستقرار أو اليوم خاصّة، لأنّ له نفقة و للّيل نفقة، و تستقر نفقة كلّ بمضيّه. و قد يمنع التوقّف على الانقضاء بناء على أنّها إن قبضت النفقة و ماتت في أثناء النهار لم تستردّ، و هو ظاهر الاندفاع.

و للعامّة وجه بجواز الفسخ أوّل النهار «۷» لأنّه وقت وجوب الدفع إليها. و ردّ

(۱) ما بين المعقوفتين ليس في ن.

(۲) المبسوط: ج ۶ ص ۲۲.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۴۹ س ۱۳.

(۴) المبسوط للسرخسي: ج ۵ ص ۱۸۴.

(۵) المجموع: ج ۱۸ ص ۲۷۱.

(۶) انظر المجموع: ج ۱۸ ص ۲۷۳.

(۷) المجموع: ج ۱۸ ص ۲۷۰.

بأنّه إنّما يجب مع الوجدان، و بدونه فالأكثر يتردّدون و يكتسبون نفقة كلّ يوم فيه، و قول بالإمهال ثلاثة أيّام.

و في المبسوط: أنّ من كان يعمل في كلّ ثلاثة أيّام- مثلا- ما يفي بنفقة الثلاثة فليس بمعسر، و لا خيار لها بلا خلاف «۱».

و لو رضيت بالإعسار، فهل لها الفسخ بعد ذلك كالمولى منها، أو لا كالعنّين؟ إشكال من الاستصحاب. و تجدّد حقّ النفقة كلّ

يوم، فلا يلزم من الرضا بعدم الإنفاق يوما رضاها به فى غيره، و إن صرّحت بإسقاط حقّها من الفسخ فإنّه وعد لا يلزم الوفاء به، أو إسقاط حقّها من النفقة أبدا، فإنّه إسقاط ما لم يثبت لها، و هو خيرة المبسوط «٢». و التشبيه بالمولى منها تنبيه على الدليل. و من أنّ العنّة أشدّ فى المنع من حقّها من الاستمتاع من الإيلاء، و الحقّان مشتركان فى التجدّد كلّ حين، مع أنّها إذا رضيت بالعنّين لم يكن لها الفسخ، فلم لا- يجوز أن يكون مثل الرضاع بالإعسار. و التشبيه تنبيه على الدليل، و هو أظهر ممّا فى أكثر النسخ من قوله: كالعيب.

و حقّ الفسخ للزوجة دون الوليّ لأنّ الأمر فيه متعلّق بالطبع و الشهوة، فلا يفوّض إلى غير صاحب الحقّ و إن كانت أخبار الفسخ ناطقة بالتفريق مطلقا، لكنّه لمّا خالف الأصل اقتصر فيه على المتيقّن. و إن كانت صغيرة أو مجنونة و إن كانت المصلحة فى الفسخ كما لا يطلّق عن الصغير و المجنون، و إن اقتضته المصلحة فينفق الوليّ عليهما من مالهما إن كان، و إلّا فمن ماله أو مال من تجب نفقتهما عليه، و تبقى النفقة فى ذمة الزوج إلى الإيسار.

و الأمة المجنونة لا خيار لها لجنونها و لا لسيّدها لأنّ الفسخ ليس بيده لما عرفت.

و ينفق المولى عليها إذ لا بدّ لها من منفق، و لا يكفى تضرّره بذلك

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ٢٢.

(٢) المبسوط: ج ۶ ص ٢٣.

لإثبات الخيار له كما هو وجه للعامّة «١».

و النفقة فى ذمّة الزوج إن سلّمها السيّد إليه كلّ وقت، فإذا أيسر و عقلت و طالبته و قبضتها كان للمولى أخذها منها لأنّها لا تملك شيئا، فما قبضته ملك المولى [خصوصا و قد أنفق عليها] «٢». و إن لم تطالبه كان للمولى مطالبته بها، لأنّها حقّه كما عرفت.

و لو كانت عاقلة كان لها الفسخ و ليس للسيّد منعها منه و إن ضمن النفقة، لأنّ الحقّ لها، و الأخبار مطلقة، خلافا لوجه للعامّة «٣».

فإن لم تختر الفسخ قال لها السيّد: إن أراد إلجائها إليه: إن أردت النفقة فافسخى النكاح و إلّا فلا نفقة لك جمعا بين الحقّين، و دفعا للضرر عن المولى مع إمكان التوصل إليه لكونها عاقلة.

بخلاف المجنونة فإنّ المولى و إن تضرّر لكن لا وصلة إلى دفعه لأنّها لا تملك المطالبة بالفسخ. و هذا كلّه إنّما يتأتّى لو قلنا بالخيار مع الإعسار و إنّما ذكره لئلّا يتوهّم أنّ الزوجة إن كانت أمة كان لها الفسخ بالإعسار و إن لم تختر غيرها لمصلحة المولى.

و لو صبرت المرأة على الإعسار لم تسقط نفقتها بل تبقى دينا عليه فإنّها إنّما أسقطت حقّها من الإنفاق كلّ يوم لا النفقة و إن لم يرض الزوج بالبقاء عليه دينا، بل و إن شرطت عليه: أن لا تطالبه إذا أيسر، فإنّه إسقاط ما لم يثبت.

و العبد إذا طلّق رجعيّا فالنفقة لازمة فى العدّة إمّا فى كسبه أو على مولاه أو فى رقبته أو فى ذمّته على الأقوال كما لو لم يطلّق للاشتراك فى العلّة، و لأنّ النفقة إنّما يجب لها لكونها فى حكم الزوجة.

و لا نفقة عليه فى البائن كالحرّ إلّا مع الحمل إن قلنا: إنّ النفقة للحامل فإنّها حينئذ نفقة الزوجة.

---

(١) المجموع: ج ١٨ ص ٢٧٣.

(٢) ما بين المعقوفتين ليس فى ن.

(٣) المجموع: ج ١٨ ص ٢٧٣.

و إن قلنا: إنّها للحمل فلا نفقة له على العبد و لا على المولى إن لم يكن رقيقا له لأنّ نفقة الأقارب لا تجب على العبد و فى المبسوط: و قد مضى أنّ على مذهبنا أنّ النفقة للحمل، فعلى هذا لا نفقة عليه، و إن قلنا: إنّ عليه النفقة لعموم الأخبار: فى أنّ الحامل لها النفقة، كان قويّا «١».

و لو انعتق نصفه فالنفقة فى كسبه إن قلنا بالكسب أى تعلّق نفقتها بالكسب فى العبد، و الفاضل من كسبه يقسّم بينه و بين مولاه على حسب الحرّيّة و الرقيّة، فإنّ الكسب مشترك بينه و بين المولى، و نفقة الزوجة موزّعة عليه و على المولى.

و فى المبسوط: أنّ نصف كسبه له بما فيه من الحرّيّة، و نصفه لسيّده بما فيه من الرقّ، و نصف نفقته على نفسه، و نصفها على سيّده، فإذا تزوّج فعليه نفقة زوجته، فيكون ما وجب عليه منها لما فيه من الحرّيّة فى ذمّته، و ما وجب عليه منها بما فيه من الرقّ فى كسبه «٢».

و لعلّ الإيجاب فى الذمّة ليس على جهة التحتّم، و لزم كونه من غير الكسب، بل ما يعمّه و غيره، و إنّما عبّر به تنبيها على أنّ ذمّته الآن صالحة للاشتغال بالحقّ، ثمّ هو مخيّر بين الإنفاق ممّا يخصّه من الكسب و من غيره.

و لو ملك بنصفه الحرّ مالا وجب عليه نصف نفقة الموسر إنّ أيسر بما ملكه و بنصفه المملوك نصف نفقة المعسر قال فى المبسوط: و قال قوم: ينفق نفقة المعسر على كلّ حال و لو ملك ألف دينار، و الأوّل أقوى «٣». انتهى.

و الاقتصار على إيجاب نفقة المعسر على المملوك مع أنّها فى الحقيقة من مال المولى سواء أوجبناها فى كسبه [أو رقبته] «٤» أو على المولى مبنيّ على أصالة براءة المولى من الزائد، و عدم دلالة الإذن فى النكاح إلّا على أقلّ ما ينفق.

و كذا يجب عليه نصف نفقة أقاربه للحرّيّة، لأنّ الرقّ مانع من

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ٢١.

(٢) المبسوط: ج ۶ ص ٢١.

(٣) المبسوط: ج ۶ ص ٢١.

(۴) ليس فى ن.

الوجوب، فإذا زال بعضه زال بعض المانع و ثبت بعض الممنوع و إن كان له التصرّف فى نصيبه ممّا يملكه كيف شاء و أمكنه تمام الإنفاق منه. و للعامّة وجه بوجوب تمام النفقة «١».

و لو كان مكاتبا مشروطا لم تجب نفقة ولده من زوجته الحرّة عليه لأنّه لم يتحرّر منه شي‌ء بل على امّه، و يلزمه نفقة ولده من أمته من كسبه، لأنّه إن أعتق فقد أنفق ماله على ولده، و إن رقّ رقّ الولد أيضا، فيكون قد أنفق مال السيّد على عبده.

و قد يستشكل بأنّه لا دليل على جواز الإنفاق [ثمّ لزومه] «٢» على مملوك السيّد [من ماله] «٣» بغير إذنه.

و كذا المكاتب المطلق إذا لم يتحرّر منه شي‌ء، و لو تحرّر بعضه كانت نفقته فى ماله بقدر ما تحرّر منه على ولده من زوجته و باقى النفقة على امّه.

و لو كانت زوجة المكاتب المشروط أمة قنّا أو مكاتبة فالنفقة لولدها تابعة للملك فمن كان الولد ملكه فعليه نفقته.

و لو دافع الملیّ بالنفقة أجبره الحاكم علیها فإن امتنع حبسه. و لو ظهر له علی مال باعه فیها إن لم یمكن استقلاله، و إلّا استقلّه، فإن تعذر الحاكم فالظاهر جواز استعانتها بالظالم إذا لم یتضمّن ظلما علیه و استقلالها بالأخذ من ماله.

و یؤیّده حدیث هند و أنّها قالت: یا رسول اللّه إنّ أبا سفیان رجل شحیح و أنّه لا یعطینی و ولدی إلّا ما آخذه منه سرّا و هو لا یعلم، فهل علیّ فیه شیء؟ فقال:

خذی ما یكفیك و ولدك بالمعروف «۴». لكنّها رفعت أمرها فلا یفید الاستقلال بدونه.

و لو غاب و لا مال له حاضر بعث الحاكم إلیه من یطالبه بالنفقة

---

(۱) لم نعثر علیه.

(۲) ما بین المعقوفتین لیس فی ن.

(۳) ما بین المعقوفتین لیس فی ن.

(۴) صحیح البخاری: ج ۷ ص ۸۵.

فإن تعذّر البعث لم تفسخ الزوجة إن قلنا بالفسخ مع الإعسار و إن عمّته الأخبار اقتصارا فی خلاف الأصل علی موضع الیقین.

و لو كان له علی زوجته دین جاز أن یقاصّها به یوما فیوما إن كانت موسرة مماطلة أو تراضیا بالمقاصّة.

و لا یجوز مع إعسارها بحیث لا یكون لها قوت غیر ما علیه من النفقة لأنّ قضاء الدین إنّما یكون فیما یفضل عن القوت و لا فضل هنا فإن رضیت جاز. و نفقة الزوجة مقدّمة علی نفقة الأقارب قطع به الأصحاب، لأنّ نفقتها علی سبیل المعاوضة، و نفقة الأقارب مواساة و المعاوضة أقوی و لذا تقضی و تستحقّها مع یسارها و مع إعسار الزوج. و لا ینافیه ما روی:

«أنّ رجلا جاء إلیه صلّی اللّه علیه و آله فقال: معی دینار، فقال: أنفقه علی نفسك، فقال: معی آخر، فقال: أنفقه علی ولدك، فقال: معی آخر، فقال: أنفقه علی أهلك». بعد تسلیم الصحّة، لجواز كونه فی غیر النفقة الواجبة، مع أنّ الرجل كان موسرا لقوله بعد ذلك:

«معی آخر، فقال: أنفقه علی خادمك، فقال: معی آخر، فقال: أنفقه فی سبیل اللّه» «۱».

و التقدّم الذی یریده «۲» فی شأن المعسر كما أشار إلیه بقوله: «فإن كان معسرا، فالفاضل عن قوته یصرف فی نفقة زوجته، فإن فضل شیء عن واجب النفقة لها صرف إلی الأقارب و یدخل فی نفقتها نفقة خادمها.

[الفصل الثانی فی نفقة الأقارب و فیه مطلبان]

اشارة

الفصل الثانی فی نفقة الأقارب و فیه مطلبان:

[المطلب الأوّل: من تجب النفقة علیه]

الأوّل: من تجب النفقة عليه إنّما تجب النفقة على الأبوين و إن علوا، و الأولاد و إن نزلوا، سواء كانوا ذكورا أو إناثا، و سواء كان الجدّ للأب أو للأمّ، و سواء كان الولد لابن

---

(۱) سنن البيهقىّ: ج ۷ ص ۴۶۶ مع اختلاف.

(۲) فى ن: بدل: «يريده» نريده.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۵۹۵

المنفق أو لبنته و بالجملة يجب الإنفاق على الفروع و الأصول جميعا، أمّا على الأبوين و الأولاد فعليه الإجماع. و يدلّ عليه قوله تعالى «وَ لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَ إِيّاكُمْ» «۱». و الأخبار كحسن حريز قال للصادق عليه السّلام:

من الذى أجبر عليه و يلزمنى نفقته؟ قال: الوالدان، و الولد، و الزوجة «۲».

و تردّد المحقّق فى الجدّ و الجدّة و ولد الولد «۳» من الشك فى شمول النصوص لهم، بل ظهور التجوّز فيهم.

و لا يجب الإنفاق على غيرهم ممّن هو على حاشية النسب، و ليسوا على قطبه كالإخوة و الأخوات و الأعمام و العمّات و الأخوال و الخالات و أولادهم، علوا أو نزلوا أى و إن علا الأعمام و الأخوال و العمّات و الخالات، أو نزل أولادهم. و إن كانوا ورثة على رأى وفاقا للمشهور للأصل، و نحو ما تقدّم من حسن حريز.

نعم يستحبّ على كلّ قريب و يتأكّد الاستحباب على الوارث لأنه أقرب. و لقوله تعالى «وَ عَلَى الْوارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ» «۴». و قوله عليه السّلام:

لا صدقة و ذو رحم محتاج «۵». و لأنّ محمّد بن على الحلبى قال للصادق عليه السّلام: من الذى أجبر على نفقته؟ قال الوالدان و الولد و الزوجة و الوارث الصغير «۶» يعنى الأخ و ابن الأخ و غيره «۷». و لأنّ أمير المؤمنين عليه السّلام أتى بيتيم فقال: خذوا بنفقته أقرب الناس منه من العشيرة كما يأكل ميراثه «۸».

و احتمل الشيخ فى الخلاف الوجوب، للآية و الخبر الأوّل، لكنّه قوّى المشهور

---

(۱) الإسراء: ۳۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۷ ب ۱۱ من أبواب النفقات ح ۳.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۵۲.

(۴) البقرة: ۲۳۳.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۶ ص ۲۸۶ ب ۲۰ من أبواب الصدقة ح ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۵ ب ۱ من أبواب النفقات ح ۹.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۲۵ ب ۱ من أبواب النفقات ح ۱۰.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۷ ب ۱۱ من أبواب النفقات ح ۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۵۹۶

و قال: إنّه الذى يقتضيه مذهبنا «۱». و ظاهر المبسوط: الإجماع عليه «۲».

فيجب على الوالد نفقة ولده ذكرا كان أو أنثى، و أولاد ابنه، و أولاد بنته و إن نزلوا. و على الولد ذكرا كان أو أنثى نفقة أبويه و أجداده، لأب أو لأمّ أو لهما و إن علوا. و على المرأة نفقة أولادها الذكور و الإناث و إن نزلوا. و يستوى أولاد البنين و البنات

من غير تقدّم لأحد القبيلتين على الآخر.
و لا يجب على الولد نفقة زوجة أبيه و لا ولده الصغير فضلا عن الكبير، لخروجها عن نفقة الأب و إن أمكن الدخول فى المصاحبة بالمعروف، و قيّد الصغر لأنّه أحقّ بالإنفاق عليه لعجزه عن الكسب، و لورود الخبر بالإنفاق على الوارث الصغير كما سمعت. و من أوجب على الابن إعفاف الأب أوجب عليه نفقة زوجته، و من أوجب نفقة الأخ أوجب نفقة الولد الصغير.
و لو أنفقت الأمّ لإعسار الأب ثمّ أيسر لم يكن لها الرجوع عليه، لأنّه يجب عليها أصالة لا عن الأب، خلافا لبعض العامّة «٣».
و يشترط فى المنفق اليسار اتفاقا، لأنّه مواساة. و للعامّة وجه بالعدم فى نفقة الولد «۴»، لأنّه من تتمّة مؤنة الاستمتاع بالزوجة فهى كنفقتها فيستقرض عليه و يؤمر بالأداء إذا أيسر.
و الموسر هنا هو من فضل عن قوته و قوت زوجته و خادمها ليوم و ليلة شيء و فى حكم القوت ما يحتاج إليه من الكسوة فى ذلك الفضل.
و الظاهر أنّه إن لم يكن له زوجة و فضل عن قوته شيء جاز صرفه فى التزوّج.
و يباع عبده بل رقيقه الذى لا يحتاج إليه و إن كان أهلا له لشرفه و عقاره فيه أى للإنفاق على القريب، لعموم الأدلّة و عدم الاستثناء.
و يلزمه التكسب اللائق به إن قدر عليه لنفقة نفسه لوجوب دفع

---

(۱) الخلاف: ج ۳ ص ۸۱ المسألة ۳۱.

(۲) المبسوط: ج ۶ ص ۳۵.

(۳) المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۲۵۶.

(۴) الفقه على المذاهب الأربعة: ج ۴ ص ۵۸۶.

الضرر عن نفسه و حرمة إلقاء النفس إلى التهلكة، و يدخل فى التكسّب السؤال و الاستيهاب إن لم يقدر على غيره، و يمكن القول بوجوب التكسّب بغيره إذا قدر عليه، لما ورد من التشديد على السؤال، و أنّ المؤمن لا يسأل بالكف. و لنفقة زوجته لوجوبها عليه معاوضة، و لوجوب الإنفاق عليها اتفاقا، مع أنّ الغالب فى الناس الكسب، و للعامّة قول بعدم الوجوب لها «۱» لأنّها كالدين.
و هل يجب لنفقة الأقارب؟ فيه إشكال من إطلاق الأمر بإعطاء الأجر للرضاع و هو نفقة المولود، و إطلاق أخبار الإنفاق و أنّ القادر على التكسّب غنىّ فى الشرع، و قد اتفقوا على وجوب النفقة على الغنىّ، و نحو قوله صلّى اللّه عليه و آله: ملعون ملعون من ضيّع من يعول «۲». و قول الصادق عليه السّلام: إذا أعسر أحدكم فليضرب فى الأرض يبتغى من فضل اللّه و لا يغمّ نفسه و أهله «۳». و هو اختيار المبسوط «۴» و التحرير «۵». و من أنّ الوجوب خلاف الأصل، و بعد الثبوت فوجوبها مطلقا خلاف الأصل، فيقتصر على اليقين: و هو الوجوب بشرط الغنى، و أنّ النفقة عليهم مواساة و لا مواساة على الفقير. و قوله تعالى «لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمّا آتاهُ اللّهُ» «۶» و لم يقل فليكسب أو نحوه.
و فيه أنّه لبيان قدر النفقة و كيفيّة الإنفاق لا الوجوب. مع أنّه يمكن إدخال المكتسب فى كلّ من ذى السعة و خلافه. و للعامّة قول بالفرق بين الولد و غيره و إيجاب الاكتساب للولد «۷» لأنّها من تتمّة مؤنة الاستمتاع بالزوجة، و لأنّ الولد بعضه، فكما يجب الإكتساب لنفسه فكذا لبعضه.

و يشترط فى المنفق عليه الحاجة، و المحتاج هنا هو الذى لا شيء له يتقوّت به، أو له ما لا يفى بقوته فيجب الإكمال.

---

(۱) لم نعثر عليه.

(۲) عوالى اللآلى: ج ۳ ص ۱۹۳ ح ۱.

(۳) عوالى اللآلى: ج ۳ ص ۱۹۳ ح ۲.

(۴) المبسوط: ج ۶ ص ۳۱.

(۵) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۰ س ۲۰.

(۶) الطلاق: ۷.

(۷) المبسوط للسرخسى: ج ۵ ص ۲۲۲.

و الأقرب اشتراط عدم القدرة على التكسّب فإنّ القادر غنىّ فى الشرع، و عنه صلّى اللّه عليه و آله: لا حظّ فى الصدقة لغنىّ و لا لقوىّ مكتسب «۱».

و لا يشترط عندنا كما فى الخلاف «۲» نقصان الخلقة بنحو الزمانة و لا الحكم بنحو الجنون كما اشترطهما أو أحدهما بعض العامّة «۳». بل تجب النفقة على الصحيح الكامل فى الأحكام العاجز عن التكسّب للعموم.

و لا يشترط الموافقة فى الدين، بل تجب نفقة المسلم على الكافر و بالعكس عندنا للعموم، و الأمر بمصاحبتهما بالمعروف، خلافا للعامّة «۴» فى وجه.

و ربّما قيل: يشترط أن لا يكون المنفق عليه حربيّا، فإنّه إذا جاز إتلافه فأولى أن يجوز ترك الإنفاق عليه.

و يسقط نفقة المملوك عن قريبه، بل تجب على مولاه لعموم ما دلّ على وجوب النفقة على المماليك. و لأنّها عوض عن منافعه المملوكة و نفقة القريب مواساة، فهو كالبنت إذا تزوّجت.

نعم، إن لم يمكن التوصّل إلى نفقة المولى اتّجه الوجوب على القريب. و إن عجز المولى عن النفقة أو ما طل فالأقرب ما فى التحرير: من إلزام المولى بالبيع، أو النفقة «۵».

و كذا لا تجب على المملوك نفقة قريبه لأنّه لا يقدر على شيء و لا على مولاه لانتفاء أسبابه من القرابة و الملك و غيرهما.

و لا يجب على المنفق إعفاف من تجب النفقة عليه بتزويج أو تمليك و إن كان أبا للأصل السالم عن المعارض. و من العامّة من أوجب

---

(۱) سنن أبى داود: ج ۲ ص ۱۱۸ ح ۱۶۳۳.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‌ ق

(۲) الخلاف: ج ۵ ص ۱۲۴ المسألة ۲۵.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ۴٨۴.

(۴) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٢۵٩.

(۵) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۵٠ س ٢٨.

إعفاف الأب مع الإعسار و نقصان الخلقة و الأحكام، أو مع الإعسار فقط «١» لكونه من المصاحبة بالمعروف.

و لا النفقة على زوجته و للعامّة وجه بوجوب نفقة زوجة كلّ قريب «٢»، و آخر بوجوبها لزوجة الأب «٣»، و آخر لزوجة الابن أيضا «۴».

و لا النفقة على أولاد، أبيه فإنّهم إخوة. و تجب على أولاد ولده لأنهم ولده و لا قدر لها أى نفقة الأقارب فى الشرع بل الواجب قدر الكفاية من الإطعام بحيث يستقلّ و يقوى على التردّد و التصرّف، لا ما يسدّ الرمق خاصّة، و لا ما يشبع على وجه، و يعتبر حاله فى سنّه و رغبته و زهادته، فالرضيع يكفيه مؤنة الرضاع، و هكذا القياس.

و الكسوة و المسكن اللائقين به و ما يحتاج إليه من زيادة الكسوة فى الشتاء للتدثّر يقظة و نوما. و لا يجب الإخدام و لا نفقة الخادم إلّا مع الزمانة و نحوها ممّا يفتقر إليه.

و لا تقضى عندنا هذه النفقة لأنّها مواساة يراد بها سدّ الخلّة لا معاوضة كنفقة الزوجة و إن قدّرها الحاكم خلافا لبعض العامّة «۵».

و لا تستقرّ فى الذمّة بمضىّ يوم مثلا.

أمّا لو أمره أى المنفق عليه الحاكم بالاستدانة عليه أى المنفق لغيبته أو لمدافعته فاستدان وجب عليه القضاء لما استدانه.

و لو غاب أو دافع بالنفقة فاستدان من غير إذن الحاكم مع إمكانه لم يرجع عليه لما عرفت: من أنّها مواساة لا تستقرّ فى الذمّة، و لا يقضى إذا فاتت، و الاستدانة عليه ممّا يحكم به الحاكم.

نعم ليتّجه الاستدانة عليه مع التعذّر دفعا للحرج. و للعامّة قول بوجوب

---

(١) المجموع: ج ١٨ ص ٣٠٩- ٣١٠.

(٢) المجموع: ج ١٨ ص ٣٠٧.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ۴٨٩.

(۴) راجع الفتاوى الهنديّة: ج ١ ص ۵۶٣.

(۵) الفتاوى الهنديّة: ج ١ ص ۵۶۵.

الإشهاد على استدانته إن تعذّر الحاكم «١».

و كذا لو استغنى عن نفقة اليوم بأن أضافه إنسان سقطت عن قريبه، لأنّها إنّما وجبت عليه لسدّ الخلّة.

و لو أعطاه النفقة فهلكت فى يده لم يستحق ثانيا لأنّ ذمّته برئت بالدفع، و لا دليل على الوجوب ثانيا.

و الوجه عندى وجوب الإبدال، لأنّها مواساة و سدّ خلّة، و ما ذكر إنّما يناسب المعاوضة. نعم لو أتلفها باختياره استقرّت فى ذمّته، فيؤخذ منه إذا أيسر.

و إذا دافع بالنفقة أجبره الحاكم عليها كسائر الحقوق اللازمة. فإن امتنع حبسه أو أدّبه.

و لو كان له مال ظاهر جاز أن يأخذ من ماله قدر النفقة، و أن يبيع عقاره و متاعه فيها أو يستعمل «٢»، و إن تعذّر الحاكم فالوجه:

جواز ذلک للقریب [أو الزوجة] «۳».

و لو کان للولد الصغیر أو المجنون ما لم یجب علی الأب نفقته للأصل، و الإجماع کما یظهر بل ینفق علیه من ماله و کذا لا یجب علی الابن نفقة أبیه المجنون إن کان له مال، و لعلّ تخصیص الولد لدفع توهّم وجوب الإنفاق علی الولد الصغیر من إیجاب أجرة الرضاع علی الأب.

و کذا لو صار الولد قادرا علی التکسّب أمره الولیّ به لأنّه نوع من التأدیب و سقطت عن الأب نفقته لأنّه غنیّ سواء الذکر و الأنثی خلافا لبعض العامّة حیث أوجب الإنفاق علی البنت إلی أن تتزوّج «۴» نعم إن هرب من الکسب فی بعض الأیّام وجبت علیه نفقته.

و یجب علی القادر علی التکسّب النفقة لقریبه کما تجب علی الغنیّ فعلا، فیجب علیه الکسب للإنفاق علی إشکال تقدّم، و لعلّ المراد

---

(۱) لم نعثر علیه.

(۲) فی المطبوع: بدل «یستعمل» یستقلّ.

(۳) ما بین المعقوفتین لم یرد فی المطبوع.

(۴) المجموع: ج ۱۸ ص ۳۰۰.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۷، ص: ۶۰۱

هنا بیان التساوی فیما یجب علیهما فلا تکرار، و وجه التساوی ظاهر، و هو التساوی فی الغنی المقدور علیه من النفقة.

[المطلب الثانی فی الترتیب و فیه بحثان]

اشارة

المطلب الثانی فی ترتیب الأقارب فی النفقة و فیه بحثان:

[البحث الأوّل فی ترتیب المنفقین]

الأوّل فی ترتیب المنفقین إذا کان للمحتاج أب و أمّ موسران وجب «۱» نفقته علی الأب دون الامّ، لقوله تعالی «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» «۲» و لحدیث هند «۳».

و للإجماع علی عدم وجوب الإرضاع علی الامّ.

و لو فقد الأب أو کان فقیرا فعلی الجدّ للأب لأنّه أب دون الامّ.

و قال بعض العامّة: علیهما «۴» فعلی الامّ الثلث و علی الجدّ الثلثان کالمیراث عنده.

فإن فقد الجدّ أو کان فقیرا فعلی أب الجدّ و هکذا، فإن فقد الأجداد أو کانوا معسرین فعلی الامّ إن لم یکن له ولد، خلافا لبعض العامّة «۵» فلم یوجب علیها النفقة.

و لو لم تکن الأمّ أو کانت فقیرة فعلی أبیها و أمّها جمیعا بالسویّة و إن علوا و لکن الأقرب فالأقرب و إن کان الأبعد ذکرا و

الأقرب أنثى.

فإن تساووا أى المتقرّبون بالأم فى الدرجة اشتركوا فى الإنفاق و إن اختلفوا ذكورة و أنوثة فعلى أبوى الأمّ النفقة بالسويّة بخلاف جدّ الامّ و أمّها فإنّ النفقة على أمّها، و كذا جدّتها مع أبيها فإنّها على أبيها و هكذا.

و لو كان معهما أمّ أب شاركتهم للتساوى. أمّا لو كان أبو الأب

---

(١) فى القواعد: وجبت.

(٢) الطلاق: ۶.

(٣) المجموع: ج ١٨ ص ٣٠٠.

(۴) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ۴٧٩.

(۵) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ۴٧٩.

معهم فإنّ النفقة عليه و إن علا لأنّه أب و متقرّب بالأب، فلا يضرّ مساواته فى الدرجة لهم.

و بالجملة فالتساوى فى الدرجة إنّما يوجب الاشتراك فى الإنفاق فى الأقرباء من الامّ لا فيهم مع الأقرباء من الأب، و لا فى الأقرباء من الأب و جدّهم، فإنّ أبا الأب و امّه إذا اجتمعا كانت النفقة على أبى الأب.

قال فى المبسوط و جملته: أنّه متى اجتمع اثنان ينفق كلّ واحد منهما إذا انفرد «١» لم يخل من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكونا من قبل الأب، أو من قبل الأمّ، أو منهما.

فإن كانا من قبل الأب نظرت، فإن اشتركا فى التعصيب فلا يكونان أبدا على درجة، و لا بدّ أن يكون أحدهما أقرب، و الأقرب أولى.

و إن تساويا فى القرب و انفرد أحدهما بالتعصيب، مثل أمّ أب، و أبى أب فالعصبة أولى، فإن كان الذى له العصبة أبعدهما فهو أولى عندهم و لو بعد بمائة درجة، و عندنا أنّ الأقرب أولى.

و إن لم يكن لأحدهما تعصيب و لا يدلى بعصبة، فإن كانا على درجة واحدة فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى بلا خلاف، و إن لم يكن أحدهما عصبة لكن أحدهما يدلى بعصبة مثل أمّ أمّ أب و أمّ أبى [أبى] «٢» أب فهما سواء عندنا. و قال بعضهم: من يدلى بعصبة أولى.

فإن كانا من قبل الامّ معا نظرت، فإن كانا على درجة فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى، سواء كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكرا و أنثى، لأنّ الكلّ من ذوى الأرحام.

و إن كانا من الشقّين معا فإن كان أحدهما عصبة فهو أولى عندهم و إن بعد، و عندنا هما سواء، و الأقرب أولى. و إن لم يكن أحدهما عصبة و لا يدلى بعصبة،

---

(١) فى المبسوط: تفرّد.

(٢) أضفناه من المبسوط.

فإن كانا على درجة فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى مثل أمّ أمّ [أمّ] «١» و أمّ أمّ أب، فإن كان أحدهما يدلى

بعصبة، فإن كانا على درجة واحدة مثل أمّ أمّ و أمّ أب فهما سواء عندنا. و قال بعضهم: أمّ الأب أولى. و إن اختلفا فى الدرجة فالأقرب أولى مثل أمّ و أمّ أب أو أمّ أمّ و أم أبى أب فالأقرب أولى «٢» انتهى.

و ما ذكره فى القسم الأوّل من أولويّة الأقرب و إن كان الأبعد عصبة يخالف ما ذكر المصنّف من أنّ أبا الأب و إن علا أولى من أمّ الأب. و ما ذكره فى القسم الثالث من أنّه إن كان أحدهما عصبة فهما سواء عندنا يخالف ما ذكره المصنّف: من أنّ أبا الأب أولى من أمّ الأمّ و ما قطع به نفسه من أنّ أبا الأب و إن علا أولى بالإنفاق من الأمّ [إلّا أن يريد الذى له العصبة من قبل الامّ] «٣».

و لو كان له أب و ابن موسران كانت نفقته عليهما بالسويّة للاشتراك فى العلّة من غير رجحان، أو على نسبة الميراث كما سيحتمله فى الأولاد.

و لو لم يكن له أب كانت نفقته على ولده ذكرا كان أو أنثى، فعنه عليه السّلام: أنّ أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، و أنّ ولده من كسبه «۴». و عنه عليه السّلام:

أنّ أولادكم هبة من اللّه لكم «يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ إِنٰاثاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ الذُّكُورَ» و أموالهم لكم إذا احتجتم إليها «۵».

و لذلك لو كان له ابن و أمّ فالنفقة على الابن دون الامّ و كذا البنت [و سيتردّد فيها] «۶».

و لو كان له أب و جدّ موسران كانت نفقته على أبيه دون جدّه فإنّه الولد و هو المولود له. و هو الأقرب.

و لو كان له أمّ و جدّة من قبل الأب أو الأمّ، فالنفقة على الامّ دون الجدّة فإنّها أحد الوالدين.

---

(١) أضفناه من المبسوط: ج ۶ ص ٣٢.

(٢) المبسوط: ج ۶ ص ٣٢- ٣٣.

(٣) ما بين المعقوفتين ليس فى المطبوع.

(۴) عوالى اللآلى: ج ٢ ص ١١٣ ح ٣١١. و فيه: بدل «الرجل» المؤمن.

(۵) سنن البيهقى، ج ٧ ص ۴٨٠.

(۶) ليس فى ن.

و لو كان له أمّ جدّ الأب فالنفقة عليه دون الأمّ لأنّ الأب حقيقة أو مجازا مقدّم على الأمّ فى الإنفاق كما عرفت.

و لو كان له أولاد موسرون تشاركوا فى الإنفاق و قدر النفقة و إن كانوا ذكورا أو إناثا لاشتراك العلّة من غير رجحان.

و لو كانوا ذكورا و إناثا احتمل التشريك للتساوى فى الولادة، و الكون من كسبه إمّا بالسويّة لانتفاء المرجّح أو على نسبة الميراث لقوله تعالى «وَ عَلَى الْوٰارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ» «١». و لقول أمير المؤمنين عليه السّلام: خذوا أقرب الناس منه فى العشيرة كما يأكل ميراثه «٢».

و احتمل اختصاص الذكور لأنّهم لمّا كانوا أكثر ميراثا كانوا أقرب، و يؤيّده أنّ على الأب الإنفاق دون الأمّ إذا اجتمعا. و أنّ الرِّجٰالُ قَوّٰامُونَ عَلَى النِّسٰاءِ. و أنّهم أقدر منهنّ على الكسب.

و لو كان له ابن موسر فعلا و آخر مكتسب فهما سواء على إشكال من التساوى فى الإيسار المعتبر هنا. و ممّا مرّ من الإشكال فى وجوب النفقة على المكتسب و وجوب الكسب عليه للإنفاق. و يقوى هذا الإشكال مع وجود موسر بالفعل يجب عليه الإنفاق، لعدم توقّف النفقة حينئذ على الكسب ليقال بوجوبه من باب المقدّمة لوجود منفق آخر، و هو معنى ما قيل: من أنّ الوجوب على المكتسب لضرورة انتفاء الغير و هى منتفية هنا.

و لو كان بعضهم أى الأولاد الموسرين غائبا أمر الحاكم بالأخذ من ماله إن كان له مال أو بالقرض عليه و لو من الحاضر بقدر نصيبه.

و لو كان له بنت و ابن ابن فالنفقة على البنت لأنّها أقرب و هو والدها.

و لو كان له أمّ و بنت احتمل التشريك إمّا بالسويّة، أو على النسبة

---

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٣٧ ب ١١ من أبواب النفقات ح ۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۶۰۵

الميراث للاشتراك فى القرب. و وجوب الإنفاق فى الجملة مع التساوى فى الأنوثة.

و اختصاص البنت بالنفقة لأنّها من كسبه، و لوجود ما يدلّ على عدم الوجوب على الامّ من الكتاب و السنّة بخلاف البنت، و لأنّها المأمورة بالمصاحبة بالمعروف، و لأنّها أقرب، لأنّها أكثر ميراثا.

[البحث الثانى فى ترتيب المنفق عليهم]

البحث الثانى فى ترتيب المنفق عليهم و يبدأ المنفق بنفسه إذ لا تكلّف نفس إلّا وسعها فإن فضل شىء صرفه فى نفقة زوجته فإنّها كالدين. فإن فضل شىء فللأبوين و الأولاد فهم متساوون فى الدرجة فإن فضل فللأجداد و أولاد الأولاد و هكذا يتساوى الواقعون فى درجة قريبة أو بعيدة فى النفقة، و إذا فضل عن الأدنى درجة ارتقى إلى الأبعد و إن لم يفضل اقتصر على الأدنى.

و لو كان له أبوان و معه ما يكفى أحدهما تشاركا فيه إن انتفعا به.

و كذا لو كان له أب و ابن، أو أمّ و ابن، أو أبوان و ابن، أو ولدان، أو أبوان و ولدان و بالجملة اثنان أو جماعة فى درجة واحدة قريبة أو بعيدة بالسويّة، للتساوى فى الاستحقاق من غير مرجّح. و يمكن القول بالتقسيم على قياس ما يرثه المنفق منهم.

و لو لم ينتفع به أحدهم مع التشريك لكثرتهم و قلّته فالوجه القرعة لأنّ النفقة عليهم إنّما هى لسدّ الخلّة، فإذا لم ينسدّ خلّة الجميع لزم الإنفاق على من ينسدّ به خلّته واحدا أو أكثر، و لا يمكن الترجيح إلّا بالقرعة و ليست كالدين الذى يقتسمه الديّانون و إن لم ينتفع أحد منهم بما يأخذه.

مع احتمال القسمة هنا أيضا، كما فى المبسوط «١» و السرائر «٢» للاشتراك فى الاستحقاق و اختصاص القرعة بما ينحصر المستحقّ فيه فى واحد و لم يتعيّن.

و يندفع بما أشرنا إليه فى الوجه.

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ٣۴.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ۶۵۷.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۷، ص: ۶۰۶

فإن أقرع و فضل من الغذاء لمن خرجت عليه القرعة شىء احتمل القرعة ثانيا للفاضل بين الجميع كالقرعة الاولى لبقاء استحقاق الجميع مع الاشتباه، و لم يندفع ضرورة من خرج من القرعة الاولى فى بقية يومه.

و احتمل بين من عدا الأوّل خاصّة لاندفاع ضرورته الآن بخلاف غيره، و لعلّه الوجه.

و لو تعدّدت الزوجات قدّمت نفقاتهنّ على الأقارب لاشتراك الكلّ فی كون نفقاتهنّ بمنزلة الدين فإن فضل عنهنّ شیء صرف إليهم و إلّا فلا، و يجوز له مع استحقاق أقاربه النفقة أن يتزوّج أربعا و إن استعقب وجوب النفقة عليهنّ و حرمانهم.

و لو كان أحد الأقارب المتساوين فی الدرجة أشدّ حاجة كالصغير من الأولاد مع الأب و لم يكن ما يكفيهما احتمل تقديم الصغير كما فی المبسوط «۱» لأنّ النفقة على القريب لسدّ خلّته، فمن كانت حاجته أشدّ كان أولی، و هو يناسب القول بالقرعة فی المسألة السابقة. و يحتمل هنا أيضا القرعة و القسمة كما تقدّم، للاشتراک فی الاحتياج و الاستحقاق.

و تقدّم الأقرب على الأبعد كما تقدّمت الإشارة إليه، لكونه ولدا، أو والدا حقيقة، و هما فی البعيد مجاز. و لآية اولی الأرحام «۲». و للنصّ «۳» على إنفاق الأقرب كما سمعته، و سوّى بعض العامّة بينهما «۴».

ثمّ إنّ أكثر النسخ كذلک، و عليه الكنز. و فی بعضها: و تقديم الأقرب على الأبعد، و عليه الإيضاح «۵».

و المعنی حينئذ أنّه إذا اشتدّت حاجة البعض احتمل اعتبار الحاجة و إن عارضها البعد لاشتراك الكلّ فی استحقاق النفقة فی الجملة، و العمدة فی جهته

---

(۱) المبسوط: ج ۶ ص ۳۴.

(۲) راجع الأنفال: ۷۵.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۶ ب ۱۱ من أبواب النفقات.

(۴) المجموع: ج ۱۸ ص ۳۰۷.

(۵) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۲۸۸.

الحاجة. و احتمل اعتبار القرب.

و بالجملة فعند تساوی الدرجة يقوی اعتبار الحاجة لذلک مع احتمال القرعة و القسمة لما عرفت، و مع الاختلاف و كون الأبعد أحوج تتعارض الحاجة و القرب، ففی الترجيح وجهان.

فلو كان له أب و جدّ معسران قدّم الأب، ثمّ الجدّ مقدّم على من بعده ثمّ أبو الجدّ، ثمّ جدّ الجدّ و هكذا.

و يتساوی الأجداد من الأب مع الأجداد من الامّ مع التساوی فی الدرجة لتساوی درجة الأبوين. و ولد الولد و إن نزل مع الجدّ و إن علا يتشاركان مع التساوی فی النسبة إلى المنفق، للتساوی فی الدرجة و إن لم يرث الجدّ مع ولد الولد.

و الذكور و الإناث فی الأولاد يتشاركون بالسوية و إن اختلفوا فی الميراث، لانتفاء الدليل هنا على الاختلاف كما يحكم بالتشارک بالتسوية فی الأبوين و الأجداد.

[الفصل الثالث فی نفقة المماليک]

اشارة

الفصل الثالث فی نفقة المماليک و فيه مطلبان:

[المطلب الأوّل فی نفقة الرقیق]

الأوّل فی نفقة الرقیق تجب النفقة إجماعا علی ما یملکه الإنسان من رقیق، صغیر أو کبیر، منتفع به و غیره و إن رفع السیّد یده عنه و خلّی بینه و بین نفسه، لأنّه محبوس علیه و لا یقدر علی شیء. و عموم قوله صلّی اللّه علیه و آله: للمملوک طعامه و کسوته. بالمعروف «۱».

و یتقدّر بقدر الکفایة لأنّها لسدّ الخلّة و عدم التقدیر فی الشرع سواء کان الرقیق ذکرا أو أنثی، قنّا أو مدبّرا أو أمّ ولد لعموم الدلیل و العلّة فی

---

(۱) کنز العمّال: ج ۹ ص ۷۷ ح ۲۵۰۴۷.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۷، ص: ۶۰۸

المأکول و الملبوس و المسکن و الظرف إمّا متعلّق بسواء أو بالکفایة أو بالوجوب علی کون «فی» بمعنی اللام. أو مستقرّ حال عن النفقة، أی مصروفة فیها.

و یرجع فی جنس جمیع ذلک إلی عادة ممالیک أمثال السیّد من أهل بلده وفاقا للمحقّق «۱». و فی المبسوط: غالب قوت البلد، و کسوته «۲». و لعلّ المؤدّی واحد.

و یستحبّ أن یطعمه ممّا یأکله، و یلبسه ممّا یلبسه لقوله صلّی اللّه علیه و آله: إخوانکم حولکم جعلهم اللّه تحت أیدیکم، فمن کان أخوه تحت یده فلیطعمه ممّا یأکل و یلبسه ممّا یلبس «۳». و قوله صلّی اللّه علیه و آله: إذا جاء أحدکم خادمه بطعامه و قد کفاه حرّه و عمله فلیقعده فلیأکل منه، و إلّا فلیناوله أکله من طعام «۴». و قوله صلّی اللّه علیه و آله: إذا کفی أحدکم خادمه طعامه حرّه و دخانه فلیدع فلیجلسه معه، فإن أبی فلیروّغ له اللقمة و اللقمتین «۵». قال فی المبسوط: و الترویغ: أن یروّیه من الدسم «۶».

و إذا کان للمملوک کسب یتخیّر فی الإنفاق علیه من ماله أو من کسبه فإنّه أیضا من ماله ذکرا کان أو أنثی و إن روی عنه صلّی اللّه علیه و آله قوله:

لا- تکلّفوا الصغیر الکسب فإنّکم متی کلّفتموه الکسب سرق، و لا- تکلّفوا الأمة غیر الصغیرة الکسب، فإنّکم متی کلّفتموها الکسب کسبت بفرجها «۷».

فإن امتنع من الإنفاق أجبره الحاکم علی الإنفاق أو البیع أو غیره ممّا یزیل ملکه من العتق و الهبة و نحوهما، و لعلّه لا یجوز الإجبار علی بیع أمّ الولد حینئذ کما قیل «۸»، و هو ظاهر التحریر «۹» و إن کان أقلّ ضررا من الاحتباس

---

(۱) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۳۵۴.

(۲) المبسوط: ج ۶ ص ۴۴.

(۳) سنن البیهقی: ج ۸ ص ۷.

(۴) سنن ابن ماجة: ج ۲ ص ۱۰۹۴ ح ۳۲۸۹ مع اختلاف.

(۵) سنن البیهقی: ج ۸ ص ۸ مع اختلاف.

(۶) المبسوط: ج ۶ ص ۴۵.

(٧) سنن البيهقى: ج ٨ ص ٩ مع اختلاف.

(٨) كفاية الأحكام: ص ١٩٨ س ٢.

(٩) انظر تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٠ س ٢٨.

عليه مع فقد النفقة لعدم انحصار طريق الخلاص فيه مع عموم ما منع من بيعها.

فإن لم يكن له مال و كان ذا كسب أجبره على التكسّب و الإنفاق منه أو على البيع و نحوه ممّا يزيل الملك، إلّا أن يكون المملوك كسوبا فيؤمر بالكسب و الارتزاق منه، و يمكن إدخال ذلك فى كونه ذا كسب فإنّ كسب المملوك لمالكه. و الفرق بين نفقة القريب و نفقة المملوك حيث قطع بالتكسّب للثانية إن لم يزل ملكه عنه، بخلاف الاولى: أنّه محبوس عليه و منافعه مملوكة له و هو لا يقدر على شيء، فلا بدّ من الإنفاق عليه ما قدر أو إزالة الحبس عنه فنفقته كنفقة الزوجة بل أقوى، بخلاف نفقة القريب.

فإن لم يرغب فيه راغب أجبره على الإنفاق عليه إن لم يزل ملكه عنه بعتق و غيره، إذ لا مخلص دونه.

و لا تقدير للنفقة عليه فى الشرع بل قدر الكفاية له لا لأمثاله كما ذهب إليه بعض العامّة «١» من طعام، و أدام، و كسوة، و مسكن لقوله صلّى اللّه عليه و آله:

للمملوك طعامه و كسوته بالمعروف «٢».

و لو جعل النفقة فى كسبه أى المملوك و لم يكفه اجبر على الإتمام أو إزالة الملك.

و لو ضرب عليه ضريبة يؤدّيها و الفاضل له و رضى المملوك جاز بالنصّ «٣» و الإجماع فإن كان الفاضل قدر كفايته أو أزيد صرفه فى النفقة، و إلّا أكمله السيّد وجوبا.

و لا يجوز له أن يضرب عليه ما يعجز عنه و لا ما يشقّ عليه بما لا يتحمّل و العجز يشملها و لا ما لا يفضل معه قدر كفايته إلّا أن يقوم بنفسه بمؤنته كلّها أو بالتتمّة.

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) كنز العمّال: ج ٩ ص ٧٧ ح ٢٥٠٤٧.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣٤ ب ٩ من أبواب بيع الحيوان.

و لو عجز عن الإنفاق على أمّ الولد أمرت بالتكسّب، فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال، و لا يجب عتقها للأصل. و لعدم تفريطه. و لأنّه لا يفيدها شيئا.

و لو كانت الكفاية تحصل بالتزويج وجب على المولى، فيجبر عليه أو على العتق [و فيه نظر] «١».

و لو تعذّر الجميع ففى البيع إشكال من أنّ به حفظها عن الهلاك، و هو أولى لها من إبقائها على التمسك بالحرّيّة. و من عموم النهى عنه. مع احتمال كونها كفقراء المؤمنين يلزمهم الإنفاق عليها.

و فى التحرير: أنّ السيّد إذا امتنع من الإنفاق أجبر عليه، أو على البيع سواء فى ذلك القنّ، و المدبّر، و أمّ الولد «٢».

و لو ملك المكاتب عبدا، أو أمة وجب عليه النفقة عليهما لأنّه من لوازم الملك، فإذا صحّ شراؤه لزمته النفقة، سواء كان الشراء بإذن المولى أو بدونه، فإنّ للمكاتب التصرّف فيما بيده بالبيع و الشراء و نحوهما ممّا لا يتلف به المال. نعم لا يجوز له أن يشترى

أباه و نحوه ممّن ينعتق عليه إلّا بإذن السيّد، لأنّه إتلاف مال.
و كـذا لو اتّهب أبـاه و ابنه بلا عوض أو أوصـى له بأبيه أو ابنه فقيل: جاز و إن لم يأذن المولى، و لزمته النفقـة للقرابـة، لأنّ قبول الهبة و الوصـيّة لا يتضمّن إتلاف مال، و وجوب النفقة أمر خارج عن ذلك، لازم للقرابة. خلافا للمبسوط ففيه: أنّه لا يجوز قبول الوصيّة إن كان ممّن يلزمه نفقته، لأنّه يستضرّ بالإنفاق «٣».
و للسيّد الاستخدام فيما يقدر عليه المملوک و لا يخرج عن وسعه عادة و المداومة «۴» عليه إلّا فى أوقات اعتيد فيها الاستراحة.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من ن.
(٢) انظر تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۵٠ س ٢٨.
(٣) المبسوط: ج ۶ ص ١٢٧.
(۴) فى النسختين: بدل «المداومة» الملازمة.

و أمّا الأفعال الشاقّة الشديـدة التى لا يمكن المداومـة عليها عادة فله الأمر بها إذا قـدر عليها فى بعض الأوقات و على المملوک بذل الوسع فى جميع ذلک.
و لا- يكلّفه الخدمـة ليلا- و نهـارا معا، لأنّها فوق الوسع، بل إذا عمل فى النهار أراحه ليلا أو بالعكس، و يريحه فى الصـيف وقت القيلولة. و بالجملة فالمتّبع العادة الغالبة.
و ليس له أن يضـرب مخارجة على مملوكة بأن يؤدّى إليه كلّ يوم مثلا كذا من كسبه إلّا برضاه كما لا يجبر السيّد على الضرب إن استدعاه المملوک وفاقا للمبسوط «١». و لعلّ الوجه ما فى التحرير «٢»: من جواز إجباره عليه ما لم يتجاوز مجهوده.

[المطلب الثانى فى نفقة الدوابّ]

المطلب الثانى فى نفقـة الـدوابّ لا نعرف خلافا فى أنّه يجب النفقة على البهائم المملوكة، أكل لحمها أو لا، و سواء انتفع بها أو لا و عنه صلّى اللّه عليه و آله أنّه قال: اطلعت ليلة اسرى بى على النار فرأيت امرأة تعذّب، فسألت عنها فقيل: إنّها ربطت هرّة و لم تطعمها و لم تسقها و لم تدعها تأكل من حشاش الأرض حتّى ماتت فعذّبها اللّه بذلک. و قال صلّى اللّه عليه و آله:
و اطلعت على الجنّة فرأيت امرأة مومسة- يعنى زانية- فسألت عنها، فقيل: إنّها مرّت بكلب يلهث من العطش، فأرسلت إزارها فى بئر فعصرته فى حلقه حتّى روى فغفر اللّه لها «٣».
و لا تقـدير لنفقاتها بل ينفق عليها بقـدر ما تحتاج إليه، فإن اجتزأت بالرعى كفاه، و إلّا علفها، و لو امتنع من الإنفاق و لو بالتخلية حتّى ترعى فإن كانت ممّا يقع عليه الذكاة للحم اجبر على علفها و لو بالتخلية

---

(١) المبسوط: ج ۶ ص ۴۶.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۵٠ السطر الأخير.
(٣) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ۵٠٧ مع اختلاف.

أو بيعها و نحوه ممّا يزيل الملك أو تذكيتها، فإن لم يفعل باع الحاكم عليه عقاره و نحوه فيه أى فى علفها إن لم يمكن التوصّل إلى ما يعتلف به من ماله و لم يمكن استغلال العقار فى علفها.

فإن لم يكن له ملك أو كان بيع الدابّة أنفع له بيعت عليه كلّا، أو كلّ يوم بقدر ما يفى بنفقتها إن أمكن و لم يكن بيع الكلّ أنفع للمالك. و إن أمكن إجارتها بما يفى بعلفها و كانت أنفع له أوجرت.

و لو لم يقع عليها الذكاة أجبر على الإنفاق أو البيع أو نحوه دون التذكية، فإن لم يفعل فعل الحاكم ما عرفت.

و هل يجبر على الإنفاق خاصّة إن امتنع من البيع فى غير المأكولة اللحم ممّا يقع عليه الذكاة للجلد و نحوه أو يجبر عليه أو على التذكية أى على أحدهما؟ الأقرب الثانى لأنّ التذكية فيها أيضا كهى فى المأكولة اللحم، فهى إحدى طرق التخلّص. و الأوّل ظاهر المبسوط «١»، و لعلّ وجهه أنّها غير مقصودة بالذبح فى أصل الشرع.

و كلّ حيوان ذى روح فهو كالبهائم، فيجب عليه القيام بالنفقة فى النحل و دود القزّ لحرمة الروح، فإن امتنع اجبر عليه. أو على النقل عن ملكه، أو أنفق عليه من ماله، أو بيع عليه كما فى البهائم سواء.

و لو لم يجد ما ينفق على مملوكه أو على الحيوان و وجد ذلك مع غيره وجب الشراء منه- إن أبقى ملكه عليهما- و لو فى الذمّة إن لم يحضره الثمن.

فإن امتنع الغير من البيع كان له قهره عليه و أخذه منه غصبا إذا لم يجد غيره و لم تشتد حاجته إليه لنفسه أو مملوكه من إنسان أو غيره، و إن لم يحضره الثمن و أمكنه بيع مملوكه منه أو من غيره كما هو قضيّة الإطلاق، و قد تقدّم الحاجة للإنسان عليها لغيره.

---

(١) المبسوط: ج ٦ ص ٤٧.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٧، ص: ٦١٣

و كذا يجوز غصب الخيط لجراحته كما يجبر على الطعام لنفسه للاشتراك فى حرمة الروح و نفى الضرار. و الأحوط التوصّل إلى الحاكم مع الإمكان، و أنّه إن أمكن البيع منه باع إن لم يحتج إليه و لو للشرف.

و لو كان للبهيمة ولد رضيع وفّر عليه من لبنها ما يكفيه فإنّه النفقة الواجبة عليه. و لبعض العامّة قول: بأنّه إنّما يجب إبقاء ما يقيم الولد حتّى لا يموت «١».

فإن اجتزأ بغيره من علف أو رعى كلّا أو بعضا جاز أخذ اللبن كلّا أو بعضا.

و لو كان أخذ اللبن مضرّا بالدابة نفسها بأن تكون السنة مجدبة لا يجد لها علفا يكفيها لم يجز له أخذه بل يسقيها إيّاه، كما أنّه يكره أو يحرم ترك الحلب إذا لم يتضرّر به نفسها و لا ولدها. و يستحبّ أن لا يستقصى فى الحلب بل يبقى فى الضرع شى‌ء، لأنّها تتأذّى بذلك. و أن يقصّ الحالب أظفاره كيلا يؤذيها بالقرص، و لا يكلّفها ما لا يطيقها من تثقيل الحمل و إدامة السير، و لذا نهى عن ارتداف ثلاثة عليها.

و لو ملك أرضا لم يكره له ترك زراعتها للأصل، إلّا أن يضرّ بها الترك فقد يحرم للتضييع.

و لو ملك زرعا أو شجرا يحتاج إلى السقى كره له تركه إن لم يجب لأنّه تضييع، و لكن لا يجبر عليه سقيه، لأنّه من تنمية المال، و لا يجب على الإنسان تملك المال، فلا يجب تنميته و فيه: أنّه إبقاء لما ملكه، و صون له عن الضياع و هو واجب. نعم يمكن القول بأنّه لا يجبر عليه، لكنه ربّما دخل بذلك فى السفهاء فيحجر عليه.

و فى التحرير: أنّ ما يتلف بترك العمل فالأقرب إلزامه بالعمل من حيث إنّه

---

(۱) انظر المجموع: ج ۱۸ ص ۳۲۰.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۷، ص: ۶۱۴

تضييع للمال فلا يقرّ عليه «۱».

و كذا لا يكره ترك عمارة الأرض البيضاء، إلّا أن تضيع أو تنقص بالترك.

و يكره أو يحرم ترك عمارة الدار و نحوها حتى يخرب إن لم يكن الخراب أصلح له. و القول فى الإجبار عليها و عدمه كما مرّ.

و هذا تمام ما أولدته من الأقلام، و أنفقته من كنوز التحقيق على الأحلام، و حبّرته من موجز الكلام فى كتاب النكاح من كشف اللثام عن قواعد الأحكام، و اتفق الفراغ عشرى شهر ربيع الثانى لألف و ستّ و تسعين من هجرة سيّد النبيّين و صفوة الصفيّين صلوات اللّه و سلامه عليه و آله الغرّ صلوات اللّه و سلامه عليه و آله الغرّ الأطايب الميامين.

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۱ س ۵.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فی سَبيلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علىّ بنُ موسَى الرِّضا – علَيهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنـادِرُ البِحـار – فی تلخيص بحار الأنوار، للعلاّمة فيض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُيونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّيخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائميّة" الثَّقافیّ بأصبَهانَ – إيرانَ: الشهيد آية الله "الشمس آباذی" – رَحِمَهُ اللهُ – كان أحداً من جَهابِذة هذه المدينة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغَفِهِ بأهل بَيت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَيهِم) و لاسيَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَى الرِّضا (عليه السّلام) و بِساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّريفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درايته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجريّة الشمسيّة (=۱۳۸۰ الهجريّة القمريّة)، مؤسَّسة و طريقة لَم يَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَى و أحسَنِ مَوقِفٍ كلَّ يوم.

مركز "القائميّة" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إيرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجريّة القمريّة) تحتَ عناية سماحة آية الله الحاجّ السيّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمع مِن خِرّيجی الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دينيّة، ثقافيّة و علميّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثَّقَلَين (كتاب الله و اهل البيت عليهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزيز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلى التَحَرِّی الأدَقّ للمسائل الدّينيّة، تخليف المطالب النافعة – مكانَ البَلاتيثِ المبتذلة أو الرّديئة – فی المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوتريّة)، تمهيد أرضيّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثقافيّةٍ على أساس معارف القرآن و أهل البيت – عليهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات

فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلاميّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعيّة: التی يُمكِن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة؛ علی أنه يُمكِن تسريعُ إبراز المَرافِق و التسهيلاتِ – فی آكناف البلد – و نشرِ الثّقافةِ الاسلاميّة و الإيرانيّة – فی أنحاء العالم – مِن جِهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثـُلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائميّة" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخرَ

ه) إنتاج المُنتجات العرضيّة، الخـَطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع "ما قبلَ المدرسة" الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلة السَّنة

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيّد"/ ما بينَ شارع "پنج رَمَضان" ومُفترَق "وفائی"/بناية "القائميّة"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجريّة الشمسيّة (=١٤٢٧ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهويّة الوطنيّة: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣٥٧٠٢٣- (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهرانَ ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التِجاريّة و المَبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥(٠٣١١)

ملاحَظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شـَعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتـُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنَّها لا تـُوافِی الحجمَ المتزايد و المتّسِعَ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثـّقافيّة؛ لهذا فقد ترجَّی هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّی بالقائميّة) و مع ذلك، يرجو مِن جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَّلَ الله تعالی فرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفِقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم – فی حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فی هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ الله تعالی؛ و الله ولیّ التوفيق.